

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

---

DE L'HYPOTHÈQUE LÉGALE  
DES  
INCAPABLES  
ET DES RÉFORMES A Y INTRODUIRE

---

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*Présentée et soutenue le jeudi 23 novembre 1899, à 1 heure*

PAR

MAURICE GLIN

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

---

*Président : M. MASSIGLI.*

*Suffragants : { MM. LÉON MICHEL, professeur.  
PIÉDELIÈVRE, agrégé.*

---

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE  
ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

---

1899







THÈSE  
POUR LE DOCTORAT

**La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.**

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

---

DE L'HYPOTHÈQUE LÉGALE

DES

INCAPABLES

ET DES RÉFORMES A Y INTRODUIRE

---

THÈSE POUR LE DOCTORAT

---

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

*Sera soutenu le jeudi 23 novembre 1899, à 1 heure*

PAR

MAURICE GLIN

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

---

*Président : M. MASSIGLI.*

*Suffragants : { MM. LÉON MICHEL, professeur.  
PIÉDELIÈVRE, agrégé.*

---

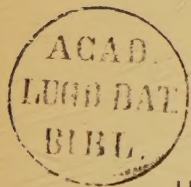
PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE  
ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

---

1899





# DE L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DES INCAPABLES

ET DES RÉFORMES A Y INTRODUIRE

---

## INTRODUCTION

La législation française, en matière hypothécaire, repose sur le double principe de la publicité et de la spécialité. Les hypothèques qui ne sont pas soumises à ces deux règles constituent évidemment une anomalie.

Aucune partie de notre législation civile n'est plus universellement critiquée que celle qui a pour objet la publicité des hypothèques. Le Code civil a bien accueilli les deux principes fondamentaux, base nécessaire de tout bon régime hypothécaire ; mais il ne les a admis qu'à regret en les entourant de restrictions trop nombreuses.

C'est en matière d'hypothèques légales que les exceptions les plus regrettables sont apportées par le législateur de 1804. Les hypothèques légales de la femme mariée, du mineur et de l'interdit, qui sont occultes et indéterminées, entraînent avec elles une foule d'inconvénients, exposant les tiers aux surprises les plus fâ-

cheuses, privant de tout crédit le mari ou le tuteur, et en outre, tournant souvent au détriment des incapables qu'elles sont censées protéger.

Déjà il y a cinquante ans, la plupart des professeurs des facultés de droit et la majorité des magistrats des Cours d'appel étaient d'accord pour décider qu'une révision du Code hypothécaire, et particulièrement du régime de l'hypothèque légale, était à la fois utile et opportune.

Aujourd'hui plus encore les jurisconsultes et les publicistes, auxquels se joignent des praticiens éclairés, reconnaissent que le seul moyen de remédier à une situation aussi mauvaise est de soumettre les hypothèques légales au double principe de la publicité et de la spécialité en les ramenant au droit commun hypothécaire.

On peut donc dire que tout le monde convient qu'il serait désirable de recourir à de nouveaux procédés juridiques, garantissant mieux que par le passé les intérêts des incapables, et se conciliant plus aisément avec les nécessités du crédit immobilier.

« La véritable difficulté en cette matière, disait déjà  
« M. de Vatimesnil en 1850, consiste à concilier le sys-  
« tème de la publicité complète et absolue avec la pro-  
« tection qui est due aux incapables. Pour que cette  
« publicité existe d'une manière réelle, il faut que les  
« hypothèques légales se manifestent par des inscrip-  
« tions et n'aient de rang qu'à la date de ces inscrip-

« tions. Mais de plus, pour assurer à la femme mariée, « au mineur et à l'interdit une protection suffisante, il « est indispensable que le législateur fasse en sorte que « ces inscriptions soient prises (1). »

Plusieurs propositions dues à l'initiative parlementaire, et divers projets de loi ont été successivement déposés sur les bureaux des Assemblées législatives sans avoir jamais abouti pour des raisons que nous verrons plus tard.

D'autre part, les sociétés d'études ont échangé de fréquentes observations, les réformateurs ont produit et publié de nombreux travaux, plusieurs Congrès internationaux ont mis la question à leur ordre du jour. De tous côtés s'est manifesté l'intérêt que porte le public à cette réforme désirée. L'institution de la Commission extra-parlementaire du cadastre en 1891 est venue donner en quelque sorte une consécration officielle à ces tendances. Enfin en 1896, M. Darlan, ministre de la justice et garde des sceaux, a déposé, dans la séance du 27 octobre, sur le bureau du Sénat, un important projet de loi sur la réforme du régime hypothécaire.

Nous nous proposons d'aborder ici l'étude de cette réforme en la restreignant aux mesures destinées à assurer la publicité et la spécialité de l'hypothèque légale des incapables.

Nous prendrons cette hypothèque à sa naissance dans

(1) Extrait du rapport de M. de Vatimesnil, présenté à l'Assemblée législative. Séance du 25 avril 1850.

le droit romain pour la suivre rapidement à travers notre ancien droit français et le droit intermédiaire, nous verrons à quelles discussions célèbres elle donna lieu au moment de la confection du Code civil et à quelles conditions elle fut admise.

Puis nous nous demanderons s'il y a lieu de maintenir l'hypothèque légale dans notre législation en raison des inconvénients et des défauts qu'elle présente. Nous verrons que c'est une garantie nécessaire aux incapables, mais qu'il conviendrait de lui donner un régime différent de celui auquel elle est présentement soumise.

Nous suivrons le mouvement qui s'est produit en France dès 1836, en faveur de la révision du titre des hypothèques et qui a abouti à la grande enquête de 1841 et aux projets soumis à l'Assemblée législative de 1850.

Nous examinerons les législations étrangères et tout particulièrement la loi belge de 1851, qui nous ont précédé dans la voie des réformes et les ont consacrées par des textes législatifs.

Nous verrons enfin les nouveaux projets de la commission extra-parlementaire du cadastre et du Gouvernement; nous les comparerons et montrerons que leurs solutions peuvent sur certains points se compléter mutuellement pour arriver à une réforme utile et complète du régime des hypothèques légales des incapables.

## PREMIÈRE PARTIE

### HISTORIQUE.

#### SECTION I. — Droit romain.

L'ancien droit romain accordait à la femme mariée non pas une hypothèque, mais un *privilegium inter personales actiones* ou *privilegium exigendi* (Dig., liv. 23, titre 3, *De jure dotium*, loi 74 ; Code, liv. 7, titre 74, *De privilegio dotis*, loi 1), qui lui assurait pour le paiement de ses reprises dotales la préférence sur les créanciers chirographaires de son mari, mais non sur les créanciers hypothécaires.

Jugeant cette garantie insuffisante, Justinien accorda à la femme pour ses reprises dotales une hypothèque tacite sur les biens de son mari (Inst., liv. 4, titre 6, *De actionibus*, 29 ; Code, liv. 5, titre 13, *De rei uxoriae actione*, loi unique), et par la célèbre loi *Assiduis* (Code, liv. 8, titre 18, loi 12), il l'autorisa, mais seulement pour la restitution de sa dot, à se faire payer, au moyen de cette hypothèque, par préférence même aux créanciers de son mari ayant une hypothèque antérieure au mariage. La femme avait donc pour la restitution de sa dot une hypothèque privilégiée.

Celle-ci était occulte et établie sur la généralité des biens présents et à venir du mari ; elle portait sur les meubles et sur les immeubles, et passait en fin avant toutes les autres hypothèques quelle que fût leur date comme hypothèque privilégiée, échappant ainsi à la règle alors en vigueur pour le classement des hypothèques entre elles, *Prior tempore potior jure*.

Les pupilles n'avaient pour toute garantie de leurs intérêts et créances contre leurs tuteurs qu'un *privilegium inter personales actiones*, c'est-à-dire un simple droit de préférence sur les créanciers chirographaires du tuteur (Dig., liv. 42, titre 5, *De rebus auctoritate judicis*, loi 23).

Plus tard on leur donna une hypothèque tacite prenant rang du jour de l'ouverture de la tutelle.

Pour les fous cette hypothèque légale date seulement du temps de Justinien (Code, liv. 5, titre 70, *De curatore furiosi vel prodigi*, 7, 5).

Pour les impubères et les mineurs, on discute si elle date du temps de Sévère ou de celui de Caracalla (Code, liv. 4, titre 53, *Rem alienam*, 1) ou de Constantin (C. Th., 3, 30, *De adm. et per.*, 1). Le premier texte qui en fasse mention est une constitution de l'Empereur Constantin (Code, liv. 5, titre 37, *De administratione tutorum*, loi 20), mais on se demande si, au lieu de réaliser cette innovation, cet empereur ne se serait pas seulement borné à rappeler une modification faite antérieurement au droit hypothécaire du mineur.

## SECTION II. — Ancien droit français.

De même que le droit romain avait admis le *tacitum pignus*, notre ancien droit admit, en certains cas, l'existence d'une hypothèque tacite que l'on appelait légale parce qu'elle résultait de la seule force de la loi.

Telle est l'hypothèque accordée aux femmes mariées sur les biens de leurs maris, et aux mineurs sur ceux de leurs tuteurs pour la restitution de leur dot ou le reliquat du compte de tutelle.

« La loi seule, dit Pothier, en certains cas, donne une  
« hypothèque au créancier sur les biens du débiteur,  
« quoique l'obligation du débiteur ne soit portée par  
« aucun acte devant notaire, ni qu'il soit intervenu au-  
« cun jugement de condamnation contre lui (1). »

Cette hypothèque tacite était générale et s'étendait aux biens présents et à venir du débiteur ; mais le point capital de différence entre l'hypothèque romaine et celle-ci, c'est que l'hypothèque de notre ancien droit ne put jamais être constituée sur les meubles en raison de l'adage « les meubles n'ont pas de suite par hypothèque ». L'hypothèque ainsi organisée présentait d'ailleurs au point de vue des tiers tous les inconvénients de l'hypothèque romaine occulte et générale.

D'autre part, les femmes qui avaient fait un contrat

(1) Pothier, *De l'hypothèque*, chap. I, art. 3, n° 26.

de mariage par acte notarié n'avaient pas besoin de l'hypothèque légale tacite, parce qu'elles bénéficiaient de l'hypothèque générale attachée aux créances résultant de tout acte notarié, ce qui constituait pour elles un grand avantage, leur hypothèque datant ainsi du jour du contrat de mariage tandis que l'hypothèque tacite ne prenait date qu'à compter du jour du mariage.

Aux dangers résultant du caractère occulte des hypothèques, un remède avait été apporté dans certaines provinces du Nord de la France par le système du nantissement.

Dans ces pays appelés pays de saisine ou de nantissement, on avait admis un régime hypothécaire assis sur des bases différentes, et dont le trait caractéristique était la nécessité absolue de faire inscrire l'hypothèque sur un registre à ce destiné ; en l'absence de cette formalité, l'hypothèque ne pouvait être opposée aux tiers.

Mais dans ces pays il faut distinguer ceux où, par suite de l'idée d'aliénation et de gage effectif attachée à la stipulation d'hypothèque, on n'admettait pas les hypothèques légales (1), et d'autres où ces formalités de nantissement n'étaient pas exigées pour les hypothèques légales.

C'est en quelque sorte la première manifestation de

(1) C'est ainsi que l'édit perpétuel de 1611 dans son article 24, abroge formellement toutes les hypothèques tacites, hormis celle du prince.

l'idée de la publicité des hypothèques ; elle avait ici pour mobile un but fiscal, car on songeait surtout à multiplier les droits de mutation dus aux seigneurs.

Un peu plus tard par l'édit de mars 1673, Colbert fit une tentative pour généraliser le système adopté dans les pays de nantissement et pour créer une publicité effective en matière hypothécaire. Toutefois ici encore les hypothèques légales étaient dispensées de l'enregistrement. Mais cet essai rencontra de la part du Parlement une si vive résistance que l'édit dut être rapporté dès le mois d'avril 1674.

Cent ans après, l'édit de 1771 essaya de donner aux ventes une publicité telle que les créanciers pussent en être avertis. Ce fut surtout un règlement de procédure. On imposait aux acquéreurs l'obligation d'afficher leurs contrats pendant deux mois (1) et de les notifier aux créanciers qui auraient formé opposition aux bureaux des hypothèques. Au moyen de cette formalité, les acquéreurs recevaient sous le titre de « lettres de ratification », un acte d'affranchissement de toutes les hypothèques des créanciers qui auraient négligé de s'opposer avant le sceau de ces lettres.

Dans ce système, l'opposition n'était point nécessaire pour établir le droit d'hypothèque, mais seulement pour l'exercer sur le prix de l'immeuble vendu, et les

(1) On peut trouver ici l'origine du délai de deux mois fixé par l'article 2194 du Code civil, pendant lequel l'extrait du contrat translatif de propriété doit rester affiché dans l'auditoire du tribunal en vue de purger les hypothèques légales.

créanciers n'étaient point payés suivant l'ordre des opposants, mais suivant la date de leurs hypothèques. Le droit des créanciers était conservé lors même qu'ils n'avaient point formé opposition avant l'aliénation de l'immeuble, pourvu qu'ils s'opposassent avant le sceau des lettres.

On n'avait cependant pas cru pouvoir mettre les acquéreurs à l'abri des hypothèques légales énoncées dans l'édit, celles du domaine et du douaire non ouvert, à l'égard desquelles les lettres de ratification ne purgeaient pas.

Dans cet édit, les mineurs étaient déclarés déchus de leurs droits à la distribution du prix de l'immeuble vendu, lorsque le tuteur ne s'était pas opposé, et cela, parce que celui qui a un droit à exercer contre un mineur peut le poursuivre dans la personne du tuteur, et que l'acquéreur, ayant le droit de se libérer, ne devait pas en être privé par la négligence du tuteur averti dans les formes légales. Il en était de même pour les femmes mariées.

En résumé, sous l'empire de cet édit, il suffisait qu'il n'eût pas été formé opposition pour que le mineur ou la femme perdissent leur hypothèque.

La femme avait de plein droit, sans inscription et par le seul fait de son mariage, une hypothèque générale sur les biens de son mari. Si, faute d'opposition, un des immeubles échappait à cette hypothèque, la perte du moins n'était que partielle, la femme conser-

vant ses sûretés sur les autres ; de même, la perte de l'hypothèque sur un immeuble du tuteur ne ruinait pas le pupille, parce que son hypothèque subsistait sur les autres.

Cet édit de 1771 n'avait pas pour but de constituer l'hypothèque, mais de la purger. Malheureusement, il prononçait trop légèrement la déchéance des hypothèques légales par le seul effet du défaut d'opposition aux lettres de ratification.

### SECTION III. — Droit intermédiaire.

Notre droit intermédiaire inaugura en matière hypothécaire un régime qui fut le contrepied de celui du droit romain, et qu'il emprunta pour partie aux législations des provinces de saisine et de nantissement.

Le décret du 9 messidor an III constitue la première œuvre importante dans le domaine hypothécaire et une tentative très hardie, mais digne d'intérêt, pour assurer la publicité des hypothèques et des transmissions des propriétés foncières.

Ce décret supprime purement et simplement l'hypothèque tacite de notre ancien droit, c'est-à-dire l'hypothèque légale, et exige pour les deux sortes d'hypothèques qu'il reconnaît, l'hypothèque conventionnelle et l'hypothèque judiciaire, une publicité absolue.

Malheureusement il arrivait à une heure très inopportune, et jusqu'à ces derniers temps on croyait générale-

ment qu'il n'avait jamais reçu d'application. Il semble au contraire que le décret a été appliqué.

« Un préjugé ordinairement répandu (1) et que nous-  
« même avons longtemps partagé, est que le décret de  
« messidor an III n'ait jamais reçu d'exécution. Le con-  
« traire a été prouvé par M. Georges Rondel dans l'ou-  
« vrage publié par lui en 1888 sur la mobilisation du  
« sol. Plus récemment, M. Flour de Saint-Genis a eu la  
« bonne fortune de retrouver dans les archives du  
« premier bureau des hypothèques de la Seine une série  
« de vingt volumes ayant servi à l'accomplissement  
« des formalités hypothécaires du 17 frimaire an IV au  
« 9 germinal an VII, et y a constaté l'existence de  
« 8.827 articles passés en conformité de ladite loi de  
« messidor (2). »

D'ailleurs cette exécution du décret de messidor ne fut jamais qu'un essai incomplet et partiel.

La loi du 11 brumaire an VII, célèbre entre toutes dans les annales du régime hypothécaire, vint ajouter au principe de la publicité celui de la spécialité. Elle présente avec le précédent décret certaines différences assez importantes.

En premier lieu, le décret de messidor organisait la publicité des inscriptions hypothécaires par feuillet réel

(1) M. Besson, dans son livre sur la réforme hypothécaire, s'est fait l'interprète de cette opinion.

(2) Challamel. Rapport sur le crédit hypothécaire. *Procès-verbaux de la Commission extraparlamentaire du cadastre*, fascicule 5, p. 519.

qui renfermait la déclaration du propriétaire et l'indication des charges grevant les biens. La loi de brumaire l'organise au contraire en prenant pour base la personne du propriétaire ; c'est sur telle ou telle personne que le conservateur délivre les certificats d'inscriptions.

Au point de vue hypothécaire la loi de brumaire prévoit d'une façon très efficace la publicité des hypothèques, mais le principe de la publicité et celui de la spécialité reçoivent un double échec en ce qui concerne les hypothèques légales.

En effet, celles-ci frappent tous les biens du débiteur situés dans l'arrondissement où s'est faite l'inscription ; de plus le créancier peut, par des inscriptions ultérieures, mais sans préjudice de celles antérieures à la sienne, faire porter son hypothèque sur les biens qui écherront au débiteur ou qu'il acquerra dans la suite.

L'hypothèque légale est donc soumise au principe de la publicité et ne prend rang qu'à dater de son inscription ; mais elle reste indéterminée et aucune sanction n'assure l'inscription, de sorte que cette formalité fut le plus souvent négligée dans la pratique.

Dans son rapport au Conseil des Cinq-Cents, M. Cras-sous a essayé de justifier en ces termes ce système :

« Les conventions matrimoniales, les intérêts des mineurs et des interdits presque toujours difficiles à déterminer, parce que leur quotité dépend d'événements incertains, réclament une modification à la règle générale qui exige la détermination des droits

« hypothécaires au moment de leur inscription. Au  
« surplus on pourvoit au maintien de ces hypothèques  
« sans contrarier le vrai principe, celui de la publicité  
« de leur existence. Seulement on dispense ceux au  
« profit de qui elles existent d'une fixation devenue im-  
« possible (1). »

Cette dérogation grave aux principes fondamentaux proclamés par la loi du 11 brumaire an VII, constitue le point faible de cette loi et son défaut capital.

#### SECTION IV. — Code civil.

La loi du 11 brumaire an VII fut immédiatement appliquée et formait la législation en vigueur quand vint en discussion la partie du Code civil relative aux privilèges et hypothèques.

Deux systèmes étaient alors en présence : le système traditionnel de l'hypothèque occulte et générale admis en droit romain et suivi dans la plupart des pays de droit coutumier ; et celui de la publicité, ayant pris naissance dans les pays de nantissement, et devenu le système légal de la France depuis la promulgation de la loi de brumaire.

Une lutte très vive s'engagea entre les partisans de ces deux systèmes.

La section de législation du Conseil d'État se divisa

(1) Séance du 27 pluviôse an VI. *Moniteur* du 9 germinal.

en deux groupes : l'un désirant le maintien du système de l'ancienne législation, l'autre voulant que la théorie de la loi de brumaire fût appliquée dans le Code.

Deux rapports furent présentés au nom de ces deux groupes, l'un par Bigot-Préameneu pour défendre l'ancien droit, l'autre par Réal au nom des partisans de la loi de brumaire.

Examinons les arguments des uns et des autres en ce qui concerne le régime à appliquer aux hypothèques légales.

En faveur du maintien de l'ancienne législation, Bigot-Préameneu, dans son rapport, fait valoir les considérations suivantes :

1<sup>o</sup> La publicité ne peut pas permettre de constater sûrement la fortune du débiteur, car le nombre des hypothèques indéterminées est très considérable et le nombre des maris, tuteurs ou comptables certainement supérieur à celui des emprunteurs sur hypothèque ; d'autre part ces hypothèques légales garantissent des obligations de longue durée ; pour les femmes elles ne cessent qu'avec le mariage, pour les mineurs elles durent jusqu'à complète reddition et épuration du compte de tutelle, pour les interdits pendant toute la durée de leur incapacité.

En résumé, la grande masse des immeubles est grevée d'hypothèques indéterminées qui empêchent de connaître la situation de fortune de la majorité des propriétaires.

2° D'un autre côté toute évaluation, même approximative, est impossible pour ces hypothèques indéterminées, car on ne peut apprécier les droits qui, au cours du mariage, peuvent devenir l'objet de l'hypothèque, ni prévoir les gains nuptiaux qui dépendent de la survie de l'un des époux ; pour les tuteurs, on rencontre la même difficulté pour établir leur responsabilité.

Mais alors même que cette évaluation serait possible, il faudrait encore trouver son mode pratique d'exécution ; ici on manque de base solide ; on ne peut pas songer à juger des maris ou des tuteurs sur de simples apparences souvent trompeuses ; des contestations sans nombre et des scandales seraient souvent la conséquence d'une recherche faite pour l'évaluation de leurs biens.

3° Il est impossible de considérer l'inscription comme moyen sérieux d'établir les hypothèques, parce que le procédé est inconciliable avec les principes du droit de famille.

Les hypothèques légales ne sont pas seulement établies dans l'intérêt privé des parties, mais aussi pour des motifs d'ordre public.

Les femmes, ignorant la formation et l'exécution de la loi, sont, sous tous les rapports, sous la dépendance de leurs maris qui ont intérêt à ce que les formalités ne soient pas remplies ; de plus, ceux mêmes qui ne voudraient pas faire tort à leurs femmes, sont souvent né-

gligents ou jugent inutile la formalité de l'inscription ; il serait inique de rendre les femmes responsables de la mauvaise volonté ou de la négligence de leurs maris. D'autre part, les mineurs sont souvent sous la tutelle du survivant des père et mère. Mettre en opposition d'intérêts les maris et les femmes, les enfants et leurs parents, c'est vouloir établir dans les familles l'injustice, la fraude et la discorde, au lieu d'y faire régner la paix. Le Code s'est toujours inspiré dans sa conception de cette idée morale et politique qui disparaîtrait le jour où l'on ferait dépendre d'une inscription la fortune des femmes et des mineurs.

4° L'inscription des hypothèques légales est inutile pour assurer la publicité de ces hypothèques, car l'état de femme mariée est rendu public par les solennités qui accompagnent le mariage, et la qualité de tuteur est facilement notoire.

5° L'inscription spéciale limitée aux biens présents est contraire au droit de propriété. En effet si on supprime l'application de l'hypothèque aux biens futurs, un grand nombre de droits d'hypothèque seront souvent nuls. C'est le cas des hypothèques légales et particulièrement de celle de la femme. Le patrimoine reste fréquemment en totalité ou en partie entre les mains des pères et mères au moment où ils marient leurs enfants ; le mari n'aura pas alors de biens présents sur lesquels la femme puisse prendre inscription.

Quant à réduire cette inscription sous prétexte qu'elle

garantirait de trop fortes sommes c'est inadmissible, parce qu'on ne peut pas déroger à un engagement dont la cause est d'ordre public ; de plus les procès qui interviendraient entre femmes et maris, tuteurs et mineurs seraient encore plus scandaleux que ceux que provoquerait l'évaluation des hypothèques.

En résumé, les hypothèques légales établies pour des raisons d'ordre public ne doivent pas dépendre d'une simple formalité, alors surtout que l'accomplissement de cette formalité est confié à ceux contre lesquels les inscriptions sont exigées, c'est-à-dire aux maris et aux tuteurs.

D'ailleurs tous les tribunaux d'appel au nombre de trente et le Tribunal de Cassation consultés sur la substitution de l'ancien régime hypothécaire à celui de l'an VII ont fait leurs observations, et neuf seulement ont exprimé le vœu de conserver la loi de brumaire en y introduisant un certain nombre de modifications.

En réponse au rapport de Bigot-Préameneu, Réal, au nom de la minorité de la section, est venu exposer les motifs de sa préférence pour le système de l'an VII.

Tout d'abord il rappelle l'avis solennellement exprimé des tribunaux de Paris, Lyon, Bruxelles, Rouen, Caen, Douai, Grenoble, Montpellier et du Tribunal de Cassation qui tous se sont réunis pour réclamer le maintien de la loi de brumaire et ont affirmé la nécessité d'appliquer rigoureusement les principes de la publicité et de la spécialité.

Il expose ensuite la théorie de la loi de brumaire, et conclut en déclarant que les avantages de ce système ne se retrouvent pas dans le projet du Code, et que les quelques inconvénients qu'il présente sont communs aussi audit projet et sont en tout cas infiniment plus graves dans le régime de l'hypothèque clandestine.

La discussion qui s'engagea au Conseil d'État fut longue et intéressante :

Tronchet parla d'abord en faveur du système coutumier et reprit les arguments déjà mis en lumière par Bigot-Préameneu.

Portalès déclara admettre le principe de la publicité établie par la loi de brumaire, à condition qu'on ne l'étendit pas aux engagements naissant du mariage ou de la tutelle, et le principe de la spécialité, si ce n'est pour les engagements qui de leur nature sont indéterminés. C'était repousser la réforme de l'hypothèque légale.

Treilhard vint ensuite soutenir le rapport de Réal et réfuta les principales objections faites contre le nouveau système.

On a dit qu'assujettir les hypothèques légales à la formalité de l'inscription, c'était les détruire ; c'est au contraire en assurer l'effet ; car l'expérience a prouvé que sans cette précaution elles sont inutiles ; la publicité et la spécialité préviennent toutes les surprises que cause la clandestinité ; d'autre part, si sacrés que soient les intérêts de la femme et du mineur ils ne peuvent cependant absorber tout autre intérêt.

On a dit aussi que les inscriptions étaient inutiles pour faire connaître l'engagement du mari et que le fait du mariage suffisait pour avertir le public. C'est très inexact : il est des maris qui vivent loin de leurs femmes, ensuite le fait seul du mariage n'apprend pas aux tiers pour quelles sommes les biens du mari sont grevés ; on peut également ignorer l'époque à laquelle la tutelle a commencé et fini, et ne pas savoir si les comptes ont été rendus. D'ailleurs les moyens de parvenir à ce que les inscriptions soient toujours prises pour la femme ou le mineur ne manquent pas ; on peut charger le mari de ce soin ; si on croit que cela ne suffise pas on peut obliger le notaire, qui reçoit le contrat de mariage et qui le fait enregistrer, à veiller à ce qu'elle soit formée ; l'obliger à ne pas délivrer d'expédition sans justification de l'inscription, et on peut enfin donner mission au receveur de l'enregistrement de remplir cette formalité.

On a ajouté que les hypothèques légales accordées directement par la loi ne devaient dépendre d'aucune formalité extérieure. Sans doute, mais la loi suppose qu'on en assurera l'effet en remplissant les conditions qu'elle prescrit.

Tout cela s'applique également au tuteur ; la famille assemblée peut exiger qu'il désigne ses biens, qu'il forme lui-même l'inscription ; on peut de plus la faire prendre par le juge de paix ou le receveur de l'enregistrement.

En un mot ce n'est pas tant le système de la publicité et de la spécialité en soi que l'on attaque que ses inconvénients ; dès lors il faut l'adopter en corrigeant ses abus.

Le consul Cambacérès dit que la question est de savoir si l'on doit faire dépendre l'effet des hypothèques légales de la formalité de l'inscription. Il ne le croit pas, car la loi de brumaire prescrit des formalités qui peuvent n'être pas remplies et dès lors l'hypothèque légale n'existe plus réellement. Pour faire dépendre ces hypothèques de la formalité de l'inscription, il faudrait prendre des mesures tellement sûres que cette formalité fût toujours indubitablement accomplie, et que la femme ne pût pas être brusquement dépouillée par une translation de propriété clandestine ; les moyens indiqués par Treilhard pourraient être adoptés.

Bigot-Préameneu combat ces moyens et fait observer que les juges de paix, les notaires et les receveurs de l'enregistrement ne connaissent pas les biens présents du débiteur et encore moins ceux qui peuvent lui échoir plus tard.

Enfin le Premier Consul vint proposer un système éclectique qui triompha en dernier lieu.

« Le consul dit qu'il aperçoit trois systèmes différents :

« Celui des lois romaines sans publicité, ni spécialité » ;

« Celui de l'édit de 1771 qui admet la publicité sans la spécialité » ;

« Et celui de la loi de brumaire an VII qui admet à  
« la fois et la publicité et la spécialité. »

« Le consul ajoute que le système du droit romain  
« lui paraît plus dans la nature et dans les principes  
« de la justice civile en ce qu'il donne la garantie la  
« plus entière pour les hypothèques légales. L'édit de  
« 1771 leur est moins favorable puisqu'il exige pour  
« les maintenir la formalité de l'opposition, mais la loi  
« du 11 brumaire an VII les anéantit dans leurs effets,  
« car les femmes et les mineurs ne les obtiennent que  
« dans le cas où il a été pris inscription à leur profit.  
« Serait-il impossible de concilier ces divers systèmes?  
« Ne pourrait-on pas laisser subsister la nécessité de  
« l'inscription pour toutes les hypothèques hormis les  
« hypothèques légales, car la loi doit défendre celui  
« qui ne peut se défendre lui-même? Or la femme et le  
« mineur sont incapables de veiller à leurs intérêts, et  
« cependant dans l'état actuel des choses il ne faut que  
« l'omission d'une formalité pour leur enlever l'hypo-  
« thèque que la loi a entendu leur assurer (1). »

Le Conseil d'Etat admit le principe de la publicité et de la spécialité, en général, mais dispensa d'inscription les hypothèques légales qui demeurèrent occultes et générales.

Nous venons de voir après quelles discussions les principes de la loi de brumaire avaient été rejetés en

(1) Fenet, tome XV, p. 301.

ce qui concerne les hypothèques légales ; il ne nous reste plus, pour avoir terminé cet exposé historique, qu'à rappeler la législation des hypothèques légales telle qu'elle est contenue dans le Code de 1804.

La loi accorde à la femme mariée, au mineur et à l'interdit une hypothèque légale qui frappe tous les immeubles présents et à venir du mari ou du tuteur, et qui est dispensée d'inscription pour prendre rang et produire son effet.

Ce changement aux dispositions en vigueur alors de la loi du 11 brumaire an VII a pour fondement l'impossibilité morale où se trouve la femme de stipuler des garanties pour les diverses créances qu'elle peut acquérir contre son mari. Cette stipulation, avant le mariage, aurait pu blesser la susceptibilité du futur époux et entraîner la rupture du mariage projeté ; pendant le mariage la femme, soumise à l'autorité de son mari et dominée par lui, aurait été empêchée de prendre les garanties qui lui étaient nécessaires. Aussi la loi vient au secours de la femme qui ne peut pourvoir elle-même à sa propre sécurité en sous-entendant l'hypothèque à son profit dans le contrat de mariage qu'elle lui offre ou dans celui que les époux ont choisi, quel que soit d'ailleurs le régime matrimonial adopté.

C'est une sorte de convention matrimoniale tacite.

De même pour le mineur ou l'interdit on a reconnu la nécessité de lui donner des garanties sur les biens de son tuteur, car si celui qui confie librement la ges-

tion de son patrimoine à un administrateur de son choix peut stipuler telles garanties qu'il lui convient, le mineur ou l'interdit, à l'égard de leur tuteur, sont dans une situation bien différente et ont droit à la protection de la loi pour assurer la bonne gestion de l'administrateur qui leur est imposé.

Telles sont les raisons qui ont déterminé les rédacteurs du Code civil. Nous ne les apprécions pas ici ; nous avons déjà constaté qu'une importante minorité les combattait lors de la confection du Code pour s'en tenir aux principes de la loi de brumaire, et nous aurons à les discuter en étudiant les projets de réforme.

Toutefois, reconnaissant les dangers de l'hypothèque légale, générale et occulte, le législateur a dû se montrer vigilant et faire quelques efforts pour alléger le poids de cette hypothèque.

C'est ce que dit Treilhard, dans son exposé des motifs lors de la présentation du projet de Code au Corps législatif.

« Les motifs qui ont fait maintenir les hypothèques  
« des femmes, des mineurs et des interdits, nous ont  
« été dictés par des considérations d'une justice exacte.  
« Cependant nous n'avons pu nous dissimuler que, s'il  
« avait été convenable de protéger la faiblesse des  
« femmes et des mineurs, il était aussi du devoir rigou-  
« reux d'un législateur de garantir les autres citoyens  
« de toute surprise ; nous avons encore pensé qu'il ne  
« fallait pas enchaîner les maris et les tuteurs au delà

« d'une juste nécessité, c'est le seul moyen de ne pas  
« leur rendre odieuses leurs obligations. De toutes les  
« manières d'assurer l'exécution de la loi, la plus effi-  
« cace sans contredit est celle de ne pas en outrer les  
« conséquences (1). »

Aussi, après avoir décrété la généralité de l'hypothèque légale, le législateur a permis dans certains cas de la spécialiser ; et à côté de la disposition qui la dispense d'inscription, il a placé des mesures destinées à assurer autant que possible l'inscription de cette hypothèque sans cependant subordonner son existence à l'accomplissement de cette formalité.

Examinons ces différentes mesures :

La loi permet, lorsque les parties sont majeures, de convenir dans le contrat de mariage même qu'il ne sera pris inscription que sur un ou deux ou plusieurs des immeubles du mari, et que ceux qui ne seront pas indiqués pour l'inscription resteront libres et affranchis de l'hypothèque pour la dot de la femme et pour ses reprises et conventions matrimoniales.

De plus, si lors du mariage, la fortune du mari était telle qu'on n'eût pas cru devoir restreindre l'hypothèque légale sur une partie de ses biens seulement, le mari pourra durant le mariage, sa fortune ayant augmenté, demander avec le consentement de sa femme et l'avis préalablement pris des quatre plus proches

(1) Fenet, *Droit civil*, tome XV.

parents de celle-ci, réunis en assemblée de famille, que l'hypothèque générale sur tous ses immeubles soit restreinte à ceux qui seraient suffisants pour la conservation entière des droits de la femme.

De même le tuteur pourra réclamer la même restriction, s'il y a lieu, aux parents réunis en conseil de famille pour sa nomination ; et, quand l'hypothèque n'aura pas été restreinte dans l'acte de sa nomination, il pourra, dans le cas où l'hypothèque générale sur ses immeubles excéderait notoirement les sûretés suffisantes pour sa gestion, demander que cette hypothèque soit réduite aux immeubles nécessaires pour opérer une pleine garantie en faveur du mineur ou de l'interdit. Cette demande formulée après autorisation spéciale de la famille sera formée contre le subrogé tuteur.

Les jugements sur la demande des maris ou des tuteurs ne seront rendus qu'après avoir entendu le Commissaire du Gouvernement et contradictoirement avec lui. Mais les parties ou le conseil de famille ne peuvent jamais convenir que la femme ou le mineur n'aura d'hypothèque sur aucun des immeubles du mari ou du tuteur.

Pour les tiers tels que prêteurs ou acquéreurs d'un mari ou d'un tuteur, des mesures ont été prises pour qu'ils ne soient pas victimes de l'hypothèque légale qu'ils n'ont pas connue. D'où : nécessité pour les maris et tuteurs de rendre publiques les hypothèques dont leurs biens sont grevés, de requérir les inscriptions sur

eux-mêmes ; crainte pour eux d'être réputés stellionnaires et contraignables comme tels, s'ils consentent ou s'ils laissent prendre des hypothèques sur leurs immeubles, sans déclarer expressément que ces immeubles étaient affectés à l'hypothèque légale de leurs femmes ou des mineurs et interdits. Obligation imposée au subrogé tuteur, sous sa responsabilité personnelle, de veiller à ce que l'inscription soit prise sur les biens du tuteur, et même de la faire inscrire et, en cas de négligence soit du tuteur, soit du subrogé tuteur, de remplir cette obligation, de même que de la part du mari, appel fait par la loi au Commissaire du Gouvernement près le Tribunal civil du domicile du mari ou du tuteur, ou du lieu de la situation des biens, pour qu'il ait à suppléer, s'il y a lieu, à cette négligence. Enfin, pouvoir accordé non seulement à la femme et au mineur de requérir eux-mêmes l'inscription, mais encore aux parents du mari ou de la femme, aux parents du mineur et aux amis de ce dernier, à défaut de parents.

La loi organise aussi un procédé de purge spéciale pour les hypothèques légales, de manière à permettre à l'acquéreur de dégager les biens acquis sans qu'il y ait de surprise funeste pour les femmes, les mineurs et les interdits.

Elle assigne à l'hypothèque légale de la femme un rang variable suivant les différentes créances qu'elle garantit et à celle du mineur ou de l'interdit un rang unique du jour de l'acceptation de la tutelle.

Enfin elle décide que les inscriptions conservent l'hypothèque pendant une période de dix années à compter de leur date et que leur effet cesse si ces inscriptions n'ont pas été renouvelées avant l'expiration de ce délai.

Telle est résumée la législation actuellement en vigueur pour les hypothèques légales, et que seules les lois des 25 mars 1855 sur la transcription et du 13 février 1889 sont venues modifier sur quelques points de détails que nous rencontrerons plus tard.

Mais, dès l'origine, ce système hypothécaire fut l'objet de très vives attaques de la part des théoriciens et tout particulièrement les dispositions concernant les hypothèques des incapables. D'autre part, les législations étrangères après s'être inspirées de notre Code, l'ont vite remanié pour donner satisfaction aux critiques unanimement faites et les concilier avec la nécessité de garantir plus efficacement les incapables sans ruiner le crédit immobilier.

Nous allons maintenant examiner les réformes qu'on a essayé d'introduire chez nous dans l'œuvre du législateur de 1804, et celles qu'on a pratiquées dans les Codes étrangers.

## DEUXIÈME PARTIE

### RÉFORMES A INTRODUIRE DANS LA LÉGISLATION DE L'HYPOTHÈQUE LÉGALE.

---

#### CHAPITRE PREMIER

##### NÉCESSITÉ DU MAINTIEN DE L'HYPOTHÈQUE LÉGALE.

Avant d'étudier les réformes que réclame la législation actuelle de l'hypothèque légale, il faut résoudre une question préjudicielle qui se pose naturellement à l'esprit du réformateur.

Faut-il maintenir dans notre Code le droit à l'hypothèque légale pour la femme mariée, le mineur ou l'interdit ?

Faut-il au contraire supprimer cette garantie accordée aux incapables en dehors de toute stipulation et en vertu de la seule force de la loi ?

Le but de la création des hypothèques légales est la conservation des droits des femmes et des mineurs. On a pensé que l'ordre public et la société étaient intéressés

à ce que les femmes et les mineurs, qui ne peuvent suffisamment se défendre, eussent une hypothèque, et ces incapables ne pouvant stipuler à leur profit des garanties nécessaires, la loi a dû créer d'office en leur faveur une hypothèque légale.

A l'égard des mineurs et des interdits, en présence du mode d'administration des tutelles établi par le Code il semble difficile, sinon impossible, de contester l'utilité de cette hypothèque ; et s'il est vrai que celle-ci peut être illusoire à raison de la fortune purement mobilière du tuteur, il reste certain que sa suppression serait dangereuse tant que l'institution de la tutelle n'aura pas été modifiée par un système accordant au mineur ou à l'interdit d'autres garanties plus sérieuses qu'une hypothèque légale.

Aussi les partisans de la suppression de l'hypothèque légale des femmes sont beaucoup moins affirmatifs en ce qui concerne les mineurs et les interdits, et pour ceux-ci ils préconisent surtout une hypothèque spéciale et déterminée, destinée à éviter les inconvénients du régime actuel pour les tiers et à le rendre moins injuste pour le tuteur, qui, en acceptant des fonctions gratuites quoique souvent onéreuses, voit disparaître son crédit immobilier. Nous verrons d'ailleurs que la faculté pour le tuteur, disposant d'une fortune mobilière, de fournir un cautionnement en place de l'hypothèque est de nature à égaliser sa situation vis-à-vis du tuteur propriétaire d'immeubles et en même temps à proportion-

ner plus équitablement les charges qu'on lui impose à la responsabilité qu'il encourt.

Il faut donc envisager plus particulièrement la question à l'égard des femmes mariées.

Les arguments formulés contre l'existence de toute hypothèque légale peuvent se résumer sous cette formule : l'hypothèque légale de la femme est injuste, inutile et en désaccord avec le contrat de mariage.

Elle est injuste, parce que la loi doit consacrer pour tous le principe de l'égalité ; or elle a manqué à cette règle fondamentale puisque l'hypothèque n'atteint que les propriétaires fonciers ; pour tous les maris qui n'ont que des valeurs mobilières, la loi reste sans effet et ne les assujettit à aucune garantie ; elle est donc rigoureuse et arbitraire pour les premiers qui ne peuvent disposer de l'immeuble le plus minime sans que la femme soit appelée à donner sa mainlevée, tandis que les seconds peuvent vendre et dissiper tous leurs meubles quelle que soit leur valeur, les engager dans de mauvaises spéculations et se ruiner dans un espace de temps si court que la femme ne pourra s'y opposer.

De plus cette hypothèque est inutile et contraire au titre du contrat de mariage ; celui-ci en effet par la garantie qu'il offre à la femme sous les divers régimes qu'il permet exclut la nécessité de toute garantie subsidiaire. Sous le régime de la séparation de biens, la femme conserve l'administration de sa fortune et ne devient créancière de son mari qu'autant qu'elle y

consent. Sous les régimes de communauté, de non-communauté, et le régime dotal la femme peut, si sa dot se trouve en péril ou si le désordre des affaires du mari donne lieu de craindre que les biens de celui-ci ne soient point suffisants pour remplir les droits et reprises de la femme, former la demande en séparation de biens et obtenir ainsi l'administration de sa fortune.

D'autre part on peut dire que le résultat le plus certain de l'hypothèque légale c'est que toute femme qui n'est pas mariée sous le régime dotal est ruinée chaque fois que son mari se ruine ; car toute personne qui traite avec un homme marié demande toujours l'intervention de la femme et en fait souvent la condition du contrat qu'elle se propose de passer. Tout prêteur demande à la femme de le subroger dans son droit à son hypothèque légale ou de renoncer à son profit à cette même hypothèque. La femme presque toujours intervient et s'oblige conjointement et solidairement avec son mari ; en conséquence dans la pratique la plus habituelle, l'hypothèque légale ne protège pas la femme qui se ruine avec son mari.

Il semble bien alors que la femme n'ait une hypothèque légale que pour y renoncer. A quoi bon maintenir cette garantie ?

Enfin cette création de l'hypothèque n'a même pas le mérite d'avoir atteint son but. La loi n'attache aucune sanction à ses prescriptions aux maris et tuteurs de faire inscrire leurs hypothèques ; sa tolérance tourne

souvent au détriment des femmes ; et les formalités de la purge ne protègent guère que les mineurs. Car, pour purger, il suffit d'une mise en demeure qui a lieu par une annonce dans un journal que la femme ne lit pas, par une affiche dans une salle d'audience où elle ne va jamais, par une notification directe dont elle peut ne pas avoir connaissance, par une signification au Procureur de la République qui n'en tient aucun compte ; fût-elle même avertie, la femme ne s'inscrirait pas davantage parce que, l'inscription étant facultative, le mari la regardera comme injurieuse (1).

Cette hypothèque est donc inefficace, et la loi, après avoir dit à la femme de se reposer sur elle, ne lui offre qu'une source de ruine.

En présence de pareils inconvénients et des dangers qu'elle fait courir au crédit foncier, il faut alors la supprimer.

Mais il ne suffit pas de dresser un violent réquisitoire contre cette création du législateur et de détruire la garantie qu'il a cru devoir accorder aux femmes ; il faut encore leur permettre de sauvegarder leurs intérêts et leur procurer la possibilité d'assurer la restitution de leurs droits à la fin du mariage.

Au moment de la confection de la loi hypothécaire belge, que nous étudierons plus loin, un membre du Parlement, M. Orts, repoussant le principe de l'hypo-

(1) Documents relatifs au régime hypothécaire et aux réformes qui ont été proposées. Imprimerie nationale, 1844. Tome II.

thèque légale occulte et générale, est venu proposer un système permettant de donner à la femme la position qu'a tout autre créancier, le droit de stipuler en se mariant, par contrat de mariage, telle garantie hypothécaire qu'elle voudra en respectant les principes de la publicité et de la spécialité qui formaient la base du nouveau régime que la Belgique voulait substituer à celui du Code civil (1).

Ce système est celui des Pays-Bas et a été consacré par l'article 1217, paragraphe final du Code hollandais.

Il a été mis en avant par plusieurs auteurs, adversaires de l'hypothèque légale.

La suppression de cette hypothèque et son remplacement par une hypothèque conventionnelle nous paraît inacceptable.

Un tel système a un défaut capital, il empêche la femme de compléter ses garanties au cours du mariage, et l'oblige à déterminer au début de sa vie nouvelle le montant de ses droits. Or, il est nécessaire de conserver à la femme le droit de prendre inscription pendant toute la durée de son union, parce qu'au moment où elle se marie, il lui est impossible de prévoir toutes les vicissitudes de son existence, ni toutes les chances que l'avenir lui réserve.

La mise en pratique de ce nouveau régime conduirait fatalement à l'un ou à l'autre de ces deux résultats :

(1) Séance du 4 février 1851.

L'intérêt de la femme, bien entendu, lui conseillera de prendre inscription pour un chiffre considérable, en raison des événements qui pourront se produire et la rendre créancière de son mari de sommes importantes ; et alors le but qu'on se propose qui est d'alléger la situation du mari, n'est pas atteint.

Ou bien la femme ne réclamera une hypothèque que pour une somme qu'elle juge suffisante à l'époque de son mariage ; on la prive arbitrairement de tout recours si elle s'est trompée dans son évaluation ou si de nouveaux droits inattendus lui sont advenus. C'est une singulière façon de la protéger.

D'autre part, la faculté de demander la séparation de biens qui lui est accordée, sous tous les régimes, pour le cas de péril de sa dot, est une garantie certainement insuffisante, car la femme hésitera longtemps avant de se résoudre à cette demande et la formulera presque toujours quand il sera trop tard pour qu'elle puisse produire son effet utile.

Aussi nous croyons que le maintien de l'hypothèque légale de la femme mariée s'impose. C'est une grande faveur, mais elle doit subsister tant que subsistera sa raison d'être, c'est-à-dire tant que la femme sera sous la dépendance du mari dont l'intérêt est contraire au sien.

Toutefois nous sommes convaincus des inconvénients que présente notre législation sur ce point et nous pensons qu'il y a lieu d'y apporter des modifications.

La loi a suppléé, par une disposition exorbitante peut-être, mais indispensable, à la faiblesse des incapables et du même coup à la résistance des maris et des tuteurs. Mais si les mesures préservatrices qu'elle a édictées sont utiles, il n'est certainement plus nécessaire de les cacher dans l'ombre alors qu'il est si facile de les révéler. Cette dissimulation porte la plus grave atteinte aux droits des tiers et tourne, comme nous l'avons vu, le plus souvent au préjudice des incapables.

Dès lors il nous faut rechercher quels sont les remèdes qui, tout en maintenant le droit à l'hypothèque légale, consacreront pour la femme mariée, le mineur et l'interdit une réforme dans laquelle ils trouveront une garantie aussi efficace et plus prévoyante que celle qui leur est aujourd'hui fournie.

On a déjà fait de louables efforts pour obtenir, en France, une révision partielle de notre droit hypothécaire ; nous allons donc les étudier.

## CHAPITRE II

### ESSAIS DE RÉFORME EN FRANCE ET RÉFORMES PRATIQUÉES DANS LES LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES.

Nous avons vu comment après avoir proclamé la règle impérieuse de la publicité des hypothèques et discuté solennellement les opinions les plus opposées, banni et frappé d'anathème les hypothèques occultes, les législateurs du Code civil avaient immédiatement fait fléchir les principes en faveur de la protection due aux femmes et aux mineurs. Cette exception, dont la portée est immense, atteint, dans ses effets, le cœur même de la loi.

Les inconvénients du système d'une hypothèque occulte et générale ne tardèrent pas à se faire jour ; aussi dès l'origine les jurisconsultes, les publicistes et les membres des assemblées politiques s'unirent pour demander qu'on modifiât le régime hypothécaire et particulièrement la matière de l'hypothèque légale.

Il est un point sur lequel tout le monde paraît s'accorder, c'est que la généralité et la clandestinité de cette hypothèque présentent pour la sécurité des transactions immobilières les plus grands dangers.

Il est en effet difficile de contester que cette hypothèque, frappant tous les biens présents et à venir du dé-

biteur, ne soit une entrave considérable pour la facilité des transactions ; de plus s'il est vrai que le législateur ait permis de réduire ou de restreindre cette hypothèque avant ou pendant le mariage ou la tutelle, il est non moins certain qu'on n'use pas en pratique de cette faculté et la principale raison, il faut la chercher dans les complications de formalités et les frais énormes qu'entraîne cette procédure délicate.

Il est donc permis de dire que la limitation apportée dans le Code est si rarement employée que les inconvénients du système subsistent au préjudice de la libre circulation de la fortune immobilière.

Le défaut de publicité de l'hypothèque légale n'est pas moins grave ; les tiers qui traitent avec un mari ou un tuteur, en qualité d'acquéreurs ou de créanciers hypothécaires, peuvent être induits en erreur et ici encore les correctifs introduits par le législateur sont insuffisants.

Le Code a bien imposé aux maris, tuteurs et subrogés tuteurs l'obligation de faire inscrire leurs hypothèques légales, mais la sanction fait défaut, car l'article 2136 les menace de la peine du stellionat et de la contrainte par corps, et la loi du 22 juillet 1867 a aboli cette contrainte par corps en matière commerciale et civile ; dès lors, la sanction disparaît.

En outre, la procédure de la purge légale, instituée en faveur de l'acquéreur d'un immeuble du mari ou du tuteur et qui contraint les créanciers à révéler leurs

droits, est extrêmement coûteuse ; elle n'est pas, de plus, ouverte au prêteur, désireux de stipuler une hypothèque sur l'immeuble de l'emprunteur. Une seule exception existe au profit du Crédit Foncier de France, qui, en vertu d'un droit particulier et spécial, peut mettre en demeure les créanciers ayant des hypothèques spéciales de révéler leurs droits ; cette exception prouve l'inconvénient capital et reconnu du caractère occulte de l'hypothèque légale.

Nous avons vu d'autre part que cette hypothèque était souvent une cause de ruine pour la femme qui s'est engagée avec son mari ; devant un résultat aussi contraire aux intentions présumées du législateur, nous croyons qu'il est impossible de contester l'avantage qu'il y aurait à limiter l'hypothèque de la femme ; cette limitation et la connaissance de cette limitation qu'auraient les tiers, empêcheraient qu'on vînt demander à la femme d'être subrogé dans ses droits et permettrait en tout cas à celle-ci d'invoquer de puissantes raisons pour refuser son intervention ; on obtiendrait ainsi, par une hypothèque restreinte, une garantie supérieure à celle que fournit l'hypothèque générale.

Si le même raisonnement ne peut pas s'appliquer aux mineurs et aux interdits qui, en raison de leur état d'incapacité, ne peuvent pas renoncer à leurs droits au profit des tiers, il n'est pas plus difficile de montrer les imperfections de la protection qu'on prétend leur accorder.

Cette protection devient en effet illusoire quand le tuteur n'a pas d'immeubles pour asseoir l'hypothèque ; de plus, celle-ci grevant tous ses biens sans restriction, est un fardeau considérable autant qu'injuste si la fortune du mineur est insignifiante et celle du tuteur très importante.

Ce qui ressort de ces constatations, c'est la contradiction de la loi vis-à-vis d'elle-même et son impuissance réelle à protéger dans la majeure partie des cas la fortune des incapables. Si les maris et les tuteurs n'ont pas d'immeubles, le Code leur livre les capitaux et les dots des femmes et des mineurs, sans prendre contre eux d'autre mesure de garantie que la précaution éventuelle d'une hypothèque sur les biens qui pourraient leur advenir ; de plus, si la fortune de ces incapables consiste en valeurs mobilières, le long cortège des formalités lentes et coûteuses imaginées pour l'aliénation régulière des immeubles, disparaît pour faire place à la confiance illimitée et injustifiée du législateur dans la gestion des maris et des tuteurs.

Il en a été ainsi jusqu'à la loi du 27 février 1880 qui, pour le mineur, a prescrit des mesures destinées à garantir sa fortune mobilière ; mais la situation reste la même que par le passé pour la femme mariée.

Le droit hypothécaire avait été organisé à une époque où la fortune immobilière était considérable et, sous sa forme primitive, il n'est plus de notre temps ; la transformation et la mobilisation de la richesse publique

exigent des garanties différentes et mieux appropriées à leur but. Le système actuel qui n'a qu'une règle aveugle et inégale doit être modifié par un ensemble de mesures fournissant des garanties plus souples, variables et mieux proportionnées.

La substitution d'une hypothèque spéciale et publique à l'hypothèque actuelle occulte et générale a été étudiée en France de bonne heure ; elle a été opérée dans plusieurs législations étrangères.

Nous diviserons donc cette étude en deux sections.

Dans la première nous verrons les essais pratiqués en France pour la révision de notre loi hypothécaire ; nous trouverons la grande enquête de 1841 et les projets de lois qui furent alors élaborés et soumis à l'Assemblée législative de 1850.

Dans une seconde section, nous examinerons les Codes étrangers qui ont accepté la réforme et l'ont consacrée par l'adoption des principes de la publicité et de la spécialité ; la loi belge nous retiendra tout particulièrement car elle forme la législation-type qui a servi de modèle à toutes les autres.

## SECTION I. — Essais de réforme en France.

### I. — Enquête de 1841.

Dès l'année 1830 plusieurs Conseils généraux é mirent des vœux en faveur d'une réforme hypothécaire et de 1830 à 1843 vingt-neuf assemblées départementales se prononcèrent pour une révision législative.

Le 16 avril 1836, à la Chambre des députés, à l'occasion d'une pétition demandant la refonte du titre des hypothèques et l'application complète de la publicité, le ministère déclara que le Gouvernement allait faire préparer un projet de loi sur cette matière (1).

Quelques années plus tard, le Garde des Sceaux, M. Martin, du Nord, envoya le 7 mai 1841, une circulaire à la Cour de cassation, aux Cours d'appel et aux facultés de droit pour leur demander leur avis sur la révision du régime hypothécaire et provoquer leurs observations.

Les résultats de cette enquête publiés par ordre du Gouvernement ont été remarquables.

Au point de vue de l'utilité d'une réforme, une seule Cour, celle de Toulouse, se prononça pour le maintien du *statu quo* ; les Cours royales de Bordeaux, Limoges et Rouen pensèrent que les moindres changements dans le système du Code ne devaient être adoptés qu'avec une grande réserve et repoussèrent toute innovation portant atteinte aux principes posés. Mais tous les autres corps consultés furent partisans d'une réforme plus ou moins profonde corrigeant les abus signalés par une expérience de près de quarante ans.

Sur les modifications à apporter aux hypothèques légales, la consultation des Cours et des Facultés est particulièrement intéressante ; nous allons nous y arrêter un instant.

(1) *Moniteur* de 1836, 17 avril, p. 769.

La Cour royale de Lyon et la Faculté de droit de Paris demandaient une réforme complète de l'hypothèque légale pour protéger l'incapable aussi bien quand le mari ou le tuteur n'a qu'une fortune mobilière que quand il possède des immeubles, aussi bien quand il est pauvre que quand il est riche ; et, pour y parvenir, proposaient des moyens différents, mais tendant au même but.

La Cour de Lyon préconisait un système de consignation qui imposait au mari des limites plus ou moins restreintes suivant qu'il était ou non soumis au régime dotal, qui réduisait les pouvoirs du tuteur à la perception des revenus et au maniement des sommes nécessaires aux dépenses d'administration et aux frais d'entretien du pupille. Dans ce système l'hypothèque légale, tout en restant générale, n'était qu'une garantie supplémentaire où l'avantage de la spécialité était remplacé par celui de l'évaluation des créances ; les femmes, les mineurs et les interdits, à défaut d'inscription de leur hypothèque légale, avaient un droit préférable aux simples créances et aux hypothèques judiciaires.

La Faculté de droit de Paris, reprochant au système en vigueur son imprévoyance et son inflexibilité, proposait différentes garanties : la publicité et la spécialité par l'inscription ; le droit pour les maris et les tuteurs de présenter, suivant les circonstances, au lieu d'hypothèque, des garanties d'une autre nature ou de faire le placement des sommes dont ils étaient comptables ;

l'obligation imposée par le Tribunal aux maris et tuteurs de donner des sûretés nouvelles, hypothèques ou cautions s'il advenait, au cours du mariage ou de la tutelle, des biens nouveaux sujets à restitution envers les incapables.

Les Cours royales de Bastia, Dijon, Nîmes, Riom, quelques membres de celle de Poitiers, la moitié des professeurs de la Faculté de droit de Grenoble et la majorité des membres de celle de Rennes, réclamaient l'inscription et la détermination des hypothèques légales sans exiger toutefois des réformes aussi profondes que les précédentes.

L'opinion émise par ces différents corps s'appuie sur cette considération qu' « il faut envisager l'intérêt général et protéger les droits de tous, et qu'au-dessus de l'intérêt des incapables il y a l'intérêt du crédit foncier et la prospérité de la société gravement menacés par l'ignorance de l'existence même des hypothèques légales et de leur étendue, quand elles frappent d'une sorte d'interdiction légale la plus grande partie du sol en faisant planer le soupçon sur le reste (1) ».

Pour assurer l'inscription de cette hypothèque légale ces différents corps proposaient plusieurs systèmes.

La Cour de Bastia rejetait d'abord l'intervention forcée des maris et tuteurs dans lesquels, disait-elle, le Code avait eu si peu de confiance que leur action ou leur

[1] (1) Documents relatifs au régime hypothécaire et aux réformes qui ont été proposées, t. II. Imprimerie nationale, 1844.

abstention ne changeait rien aux droits des femmes et des pupilles, et ne trouvant pas possible d'assurer l'exécution et la garantie de l'inscription en s'en remettant à l'affection du mari, à l'accomplissement du mandat accepté par le tuteur et toujours combattu par l'intérêt, ni à la surveillance minutieuse, mais irréalisable que n'a jamais tentée le ministère public, la Cour voulait confier le soin de faire inscrire les hypothèques légales des incapables à l'administration de l'enregistrement intervenant dans tous les actes, qu'on soumettrait forcément à son contrôle. Pour atteindre ce résultat, il fallait ne déclarer valables à l'égard des femmes et des mineurs que les actes passés devant notaires et enregistrés. Les notaires seraient alors tenus de joindre à tous les actes emportant responsabilité pour le mari ou le tuteur des extraits indicatifs du chiffre de la somme qui en fait l'objet, de son origine et une désignation des cantons de la situation des immeubles frappés de l'hypothèque légale.

La sanction de ces mesures était une amende et l'engagement de la responsabilité du notaire qui n'aurait pas fait enregistrer ou n'aurait pas transmis l'extrait prescrit ; la répression administrative et la prise à partie possible contre le receveur qui aurait négligé de faire inscrire.

Pour les droits des femmes non établis dans le contrat de mariage le notaire, pour le cas d'aliénation des propres, devait transmettre, avec la minute, l'extrait en

la forme voulue à l'enregistrement, de même pour les valeurs mobilières acquises par donation entre vifs ou à titre de propres, la délivrance de legs et tous paiements faits à la femme ne seraient valables que par quittances notariées soumises à l'enregistrement et inscrites à leur ordre ; pour les sommes et valeurs mobilières échues par succession, l'inventaire devrait être reçu à l'enregistrement avec extrait contenant l'évaluation de l'hypothèque légale et plus tard l'acte de partage devrait être accompagné d'un nouvel extrait fixant la part attribuée à la femme.

Les droits des mineurs seraient garantis de la même manière par l'enregistrement et l'inscription, selon le mode indiqué, des inventaires et des actes contenant leur montant et des quittances authentiques.

La Cour de Dijon insistait particulièrement sur la nécessité de spécialiser l'hypothèque et de déterminer exactement la valeur affectée par cette dernière. Pour les créances comme celles d'apports mobiliers ou d'avantages stipulés dans le contrat de mariage ou d'indemnités dues par le mari pour son administration, pas de difficulté ; elles étaient susceptibles d'être évaluées dans l'inscription primitive. Pour les engagements contractés par la femme pendant le mariage, la Cour pensait qu'il y aurait avantage à exiger qu'ils ne pussent être consentis que par actes authentiques ; il devenait facile alors de les faire inscrire en chargeant le notaire de l'accomplissement de cette formalité ; il

en devait être de même pour les donations mobilières. Pour les successions, la question devenait plus délicate devant la difficulté de fixer l'évaluation des droits de la femme ; pour faire connaître aux tiers l'ouverture de toute succession échue à une femme mariée, la Cour proposait d'autoriser toute personne à prendre inscription dans l'intérêt de la femme et de charger le receveur de l'enregistrement, sous peine d'amende, toutes les fois qu'il recevait une déclaration de succession dévolue à une femme, de la transmettre au conservateur des hypothèques du domicile du mari qui devait prendre inscription pour une valeur déterminée.

Les mêmes règles devaient régir l'hypothèque légale du mineur. Dans toute tutelle, la délibération qui nomme le tuteur et le subrogé tuteur, ou ce dernier seulement, en cas de tutelle légitime, devait régler immédiatement la question de l'hypothèque légale et l'intervention du juge de paix devait assurer l'efficacité de toutes les prescriptions de la loi. De plus, pour forcer le tuteur légal à convoquer le conseil de famille et à prendre inscription sur ses biens avant tout acte d'administration, il y aurait lieu d'étendre les dispositions de l'article 421 du Code civil et de décider que le tuteur ne pourra faire aucun acte d'administration valable si ce n'est un acte nécessaire ou conservatoire, jusqu'à ce que l'inscription soit prise, que toute entremise frauduleuse du tuteur dans l'administration avant l'accomplissement de cette formalité serait punie par la loi pénale. Le subrogé tu-

teur et le greffier de la justice de paix devaient être chargés de prendre inscription sous peine d'amende et de responsabilité.

L'étendue de cette hypothèque déterminée par la délibération du conseil de famille lors de l'ouverture de la tutelle était calculée sur les garanties nécessaires pour la restitution des valeurs confiées au tuteur ; elle pouvait être augmentée à mesure que des créances nouvelles advenaient au pupille ; et alors on employait les procédés indiqués pour les femmes mariées, inscription par le notaire pour les actes reçus par lui et le conservateur du bureau des hypothèques pour les successions échues au mineur et signalées par le receveur de l'enregistrement.

Enfin la Faculté de droit de Grenoble proposait un système destiné à centraliser tous les renseignements relatifs à l'hypothèque légale ; elle soumettait les contrats de mariage à la nécessité de la transcription et pour les actes intéressant l'hypothèque légale exigeait l'authenticité et l'inscription.

Dès lors l'ensemble des inscriptions faisait connaître l'hypothèque légale dans tous les bureaux des hypothèques qui comprenaient des biens appartenant au mari dans leur ressort et par la centralisation sur les registres de l'un de ces bureaux, celui du lieu de la célébration du mariage, de tous les documents propres à faire connaître l'état de la fortune de la femme, il devenait facile aux tiers de connaître l'étendue et la portée de l'hypothèque légale.

En effet sur les registres du bureau des hypothèques du lieu de la célébration du mariage on trouvait réunis :

- 1° La transcription du contrat de mariage ;
- 2° L'inscription indiquant les créances résultant de ce contrat, soit fixes, éventuelles ou indéterminées ;
- 3° Toutes les quittances passées par le mari ou la femme aux débiteurs de celle-ci ;
- 4° Tous les inventaires des successions échues à la femme ou au mari, leurs résultats au point de vue de l'hypothèque ;
- 5° Toutes les obligations contractées par la femme seule ou par le mari et la femme conjointement ;
- 6° Tous les autres actes, donations, transactions, etc. ;
- 7° L'évaluation du revenu annuel des biens de la femme dont le mari a la gestion.

Cette évaluation s'obtenait de la manière suivante : dans le cas où il n'y avait pas eu de contrat de mariage les époux, après en avoir fait la déclaration à l'officier de l'état civil devaient déposer entre ses mains un état des immeubles possédés par chacun d'eux avec l'estimation de leur valeur et de leur revenu. L'officier de l'état civil était tenu, sous peine d'amende, de transmettre l'état certifié au conservateur des hypothèques qui le transcrivait sur ses registres et devait prendre inscription sur les biens du mari.

Pour les mineurs un système analogue de transcription et d'inscription était prévu.

L'inscription devait être prise par le notaire sous sa responsabilité et le mari, par le tuteur, le subrogé tuteur et le greffier de la justice de paix.

En regard de ces systèmes de publicité absolue, le système du Code civil a trouvé un nombre très important de partisans qui ne demandaient que des modifications moins profondes (1).

Ces autorités refusaient d'assimiler, au point de vue de l'inscription, l'hypothèque légale à l'hypothèque conventionnelle et reprenant des arguments que nous avons déjà rencontrés, déclaraient que la loi manquerait d'équité et de moralité si elle retirait aux incapables un secours créé pour protéger leur faiblesse, que nos mœurs aussi répugneraient à subordonner les hypothèques légales à la publicité ; et que le résultat de cette mesure serait la lutte entre l'intérêt et l'affection, le trouble et la discorde semés dans les ménages et les familles ; elles ne comprenaient pas davantage qu'on arrivât à fixer la valeur des droits éventuels et indéterminés pouvant échoir à la femme ou au mineur, et demandaient alors quelle pouvait être l'utilité d'une inscription si ces droits ne pouvaient être indubitablement déterminés. Enfin elles faisaient ressortir la difficulté

(1) Le système du Code civil a été défendu par les Cours royales d'Agen, Aix, Amiens, Angers, Besançon, Bordeaux, Colmar, Douai, Grenoble, Limoges, Metz, Montpellier, Nancy, Orléans, Paris, Pau, Rennes, Rouen, Toulouse, la majorité des membres de la Cour de Poitiers, les facultés de droit de Caen, Dijon, Strasbourg, et quelques professeurs de celle de Rennes.

d'assurer efficacement l'inscription ; trouvant les sanctions pénales contraires à nos mœurs et les condamnations à des dommages-intérêts injustes ou insuffisantes.

Cependant plusieurs Cours d'appel et plusieurs Facultés, sans vouloir d'une inscription obligatoire, ont recherché les moyens propres à manifester aux yeux des tiers l'existence de l'hypothèque légale sans la subordonner à une inscription.

C'est ainsi que la Cour royale de Montpellier demandait :

1° Au notaire ayant rédigé un contrat de mariage, une quittance, un inventaire ou tout acte intéressant l'hypothèque légale ; au greffier de la justice de paix qui a déposé dans ses minutes une délibération constituant la tutelle, d'envoyer, sous peine d'amende et de responsabilité, l'expédition ou l'extrait de ces actes au bureau de la conservation des hypothèques ;

2° Au conservateur des hypothèques de prendre inscription sous peine de responsabilité ;

3° Au receveur de l'enregistrement dans le bureau duquel l'acte aurait été enregistré, d'en donner avis audit conservateur toujours sous peine d'amende ;

4° Et au mari d'indiquer par déclaration formelle s'il optait pour le régime dotal, la nature, l'espèce et la situation des biens soumis à l'hypothèque légale.

La Cour de Grenoble étendait au juge de paix la mission déjà confiée au procureur du roi de requérir inscription quand il y a lieu.

La Cour de cassation, la Cour royale de Rouen et plusieurs membres de celle de Toulouse proposaient de fournir au prêteur la possibilité de s'éclairer sur l'importance des reprises dotales ou du compte de tutelle et de placer l'acquéreur voulant purger, à portée de savoir à qui s'adresser pour mettre les incapables en demeure de s'inscrire.

Dans ce but, l'une réclamait des notices, l'autre des bordereaux d'indication, la troisième de simples avertissements, et pour assurer l'exécution de ces mesures, elles frappaient d'une amende les juges de paix, les fonctionnaires et les officiers publics qui n'avaient pas assuré les inscriptions à effectuer sur les registres du conservateur des hypothèques.

Nous nous sommes arrêtés aussi longuement aux résultats de cette enquête, et aux opinions différentes manifestées par les corps consultés parce qu'ils eurent une grande influence sur les rédacteurs des projets de loi de 1850 et aussi sur la discussion qui intervint à l'Assemblée législative.

De plus, la même enquête fut souvent invoquée et prise en considération par le législateur belge, au moment de la réfection du titre des hypothèques.

## II. — Projets de loi de 1850.

A la suite de l'enquête de 1844, une commission fut instituée par le Garde des Sceaux à l'effet d'examiner les documents de l'enquête et de préparer un projet de loi sur la réforme hypothécaire.

La Révolution de février 1848 vint interrompre les travaux de cette commission ; cependant, dès l'année suivante, une autre commission parlementaire fut nommée, par arrêté du 15 juin 1849, pour continuer l'étude de la réforme projetée. Cette commission tint un grand nombre de séances et formula le résultat de ses délibérations dans un projet de loi qui fut renvoyé au Conseil d'État par décret du 27 décembre 1849 ; et comme celui-ci faisait attendre son avis, le Gouvernement, passant outre, présenta à l'Assemblée nationale dans la séance du 4 avril 1850, un projet de réforme complète du Code hypothécaire.

Ce projet fut renvoyé à la commission parlementaire déjà saisie de l'examen d'une proposition de réforme présentée par M. Pougeard, membre de l'Assemblée ; ces deux projets servirent de base au texte législatif que le rapporteur de la commission, M. de Vatimesnil, déposa sur le bureau de l'Assemblée, dans la séance du 25 avril 1850.

Dans le rapport qui accompagnait le nouveau projet, M. de Vatimesnil déclarait qu'après l'expérience faite du système hypothécaire du Code civil, il fallait en revenir à la publicité complète et absolue.

« Au lieu de laisser les mineurs et les femmes mariées dans la situation précaire et douteuse où leurs droits sont livrés à des chances qui échappent à tout calcul, ne vaut-il pas mieux créer un nouveau système dans lequel l'hypothèque légale n'aura de rang

« et de force que lorsqu'elle sera inscrite, mais où en  
« même temps le législateur pourvoira d'une manière  
« sérieuse à ce que l'inscription soit prise ? Ce système  
« ne présentera-t-il pas à la fois plus de garanties pour  
« les incapables puisque leurs hypothèques étant ins-  
« crites ne pourront disparaître comme aujourd'hui, et  
« plus de sécurité pour les tiers qui contracteront avec  
« le mari ou le tuteur puisque ces tiers connaîtront les  
« créances qui doivent les primer (1) ? »

Le projet du Gouvernement et celui de la commission, dans leur système de sûretés destinées à remplacer l'hypothèque occulte des mineurs, présentent un certain nombre de ressemblances. Tous deux chargent le conseil de famille de déterminer la somme nécessaire pour la garantie de la gestion du tuteur et de spécifier les immeubles sur lesquels devra porter l'inscription prise pour cette garantie; d'autre part, ils décident que l'existence de l'hypothèque datera de son inscription et que la gestion du tuteur ne pourra pas commencer avant la prise de cette inscription; enfin si les garanties hypothécaires sont insuffisantes ils demandent que les deniers du pupille soient déposés à la Caisse des dépôts et consignations (2).

D'accord sur ces principes, les deux projets se sépa-

(1) Extrait du rapport de M. de Vatimesnil, présenté à l'Assemblée législative le 25 avril 1850.

(2) Cette proposition formulée dans l'enquête de 1841 par la faculté de droit de Paris, a été adoptée dans la loi belge de 1851.

rent sur les autres points comme nous allons le montrer rapidement.

La commission charge le greffier de la justice de paix de prendre l'inscription ; et cela en raison de son aptitude spéciale pour rédiger le bordereau et des éléments nécessaires à cette rédaction qu'il a entre les mains. Cette prescription est sanctionnée par une amende, et même quand la gravité des cas le comporte, par la destitution. De plus le greffier doit justifier par un récépissé, produit au juge de paix, de la remise qu'il a faite des bordereaux au conservateur des hypothèques ; le juge de paix doit viser ce récépissé et envoyer à dates fixes au procureur de la République des états contenant l'indication de toutes les délibérations du conseil de famille ainsi que les dates de tous les récépissés et visas qu'il y a apposés.

Dans le projet du Gouvernement, c'est le tuteur qui doit requérir l'inscription ; le subrogé tuteur, sous sa responsabilité personnelle, est tenu de veiller à l'accomplissement de cette formalité. Le conseil de famille peut aussi commettre spécialement le subrogé tuteur, l'un de ses membres ou toute autre personne pour prendre l'inscription.

Les vues de la commission paraissent fort justes ; le tuteur peut en effet par intérêt personnel s'abstenir de prendre l'inscription, le subrogé tuteur ou la personne désignée peuvent mal comprendre leurs devoirs et, soit négligence, soit déférence ou crainte envers le tuteur,

éviter de requérir cette inscription. Aussi l'intervention du greffier est plus sûre et plus indépendante ; sa responsabilité étant engagée lui dictera sa conduite ; enfin c'est peut-être un moyen de supprimer les discordes certainement fâcheuses que peuvent provoquer dans la famille les nécessités de l'inscription, tous s'inclinant devant l'officier public qui accomplit un devoir de sa charge.

En second lieu la commission s'est occupée des successions que le mineur peut être appelé à recueillir. Pour celle qui lui échoit généralement au moment même de l'ouverture de la tutelle, pensant qu'il est difficile de fixer même approximativement l'importance de cette succession tant que l'inventaire n'est pas dressé, et qu'il importe cependant d'empêcher le tuteur de grever ses biens, la commission permet de prendre une inscription pour une somme indéterminée ; et quand il a été procédé à l'inventaire, oblige le tuteur à faire fixer cette somme et à limiter l'effet de l'inscription primitive au chiffre qui est alors définitivement arrêté. Pour les biens acquis au cours de la tutelle par succession, legs ou donation, une nouvelle inscription est prise au profit du mineur pour garantir la gestion du tuteur, et pour déterminer son étendue le conseil de famille est appelé à délibérer. Le projet prescrit des mesures destinées à assurer la convocation du conseil de famille.

Au contraire, dans le projet du Gouvernement la somme pour laquelle on prend inscription est fixée dès

la première délibération du conseil. Toutefois l'article 2143 du projet prescrit au conseil de famille de tenir compte dans son évaluation des éventualités de la responsabilité du tuteur ; mais il n'en est pas moins vrai que cette évaluation reste toujours difficile à faire ; en outre le projet, en raison des événements ultérieurs qui pourraient rendre insuffisantes les garanties accordées au mineur, charge le conseil de famille de prendre les mesures nécessaires pour assurer les droits de l'incapable, mais ne s'explique pas sur la nature de ces événements.

Pour le cas où le tuteur qui n'avait pas d'immeubles au moment de l'ouverture de la tutelle, ou dont les immeubles étaient d'une valeur insuffisante pour répondre de sa gestion, acquiert de nouveaux biens à titre gratuit ou onéreux, la commission accorde un délai de deux mois pour prendre inscription sur ces immeubles et donne à cette inscription prise dans ce délai un effet rétroactif au jour de l'acquisition.

Le projet du Gouvernement ne prévoit pas cette hypothèse.

En revanche il organise un système pour centraliser tous les renseignements concernant les tutelles que nous rencontrerons dans la loi belge de 1851 qui l'a d'ailleurs emprunté au projet que nous analysons.

Sur l'hypothèque légale de la femme mariée, les deux projets s'entendent pour décider que tout contrat de mariage doit déterminer la somme pour laquelle la

femme a une hypothèque et spécifier les immeubles sur lesquels celle-ci doit porter ; mais le projet du Gouvernement suppose de plus que la femme qui n'a pas fait de contrat de mariage peut cependant avoir une hypothèque légale à dater du mariage, et pour ce cas décide que l'inscription doit être requise par le mari, la femme, leurs parents et amis ou les témoins du mariage.

La commission refuse à la femme mariée sans contrat cette hypothèque au moment du mariage parce que le mobilier apporté par elle tombe dans la communauté et n'est pas repris par elle en cas de renonciation, et que d'autre part pour les immeubles, l'hypothèque ne peut naître qu'au moment de leur aliénation et n'existe donc pas à l'époque du mariage.

Il semble qu'il serait plus exact de dire que la femme a toujours titre légal pour faire inscrire son hypothèque légale même quand il n'a pas été fait de contrat ; sa seule qualité de femme mariée lui suffit ici ; il n'y a pas lieu de s'occuper de l'origine ou de la nature de la créance, ni de savoir quel régime elle peut adopter ; elle peut faire inscrire son hypothèque non seulement pour les récompenses et indemnités qui peuvent lui être dues par suite de circonstances ultérieures, mais aussi en vue des droits qui naissent du fait du mariage lui-même, tels que la créance alimentaire qu'elle peut avoir à exercer contre son mari ou la créance de deuil contre sa succession.

Les deux projets offrent une divergence de vues sur

le choix de la personne chargée d'assurer l'inscription de l'hypothèque de la femme mariée ; le projet de la commission impose cette obligation au notaire qui a ici les mêmes devoirs que le greffier de la justice de paix relativement à l'hypothèque du mineur. Le projet du Gouvernement décide que cette hypothèque doit être inscrite d'abord par le mari, et à défaut de celui-ci, par le notaire qui a reçu l'acte contenant les conventions et cela sous sa responsabilité.

Il est permis de se demander comment le notaire surveillera le mari et saura s'il a pris inscription alors surtout que celle-ci peut être nécessaire sur des immeubles situés fort loin. En outre, on peut noter une contradiction entre l'article 2142 du projet du Gouvernement qui déclare que l'hypothèque légale de la femme datera seulement de la célébration du mariage, et l'article 2156 qui veut que cette hypothèque soit inscrite avant cette célébration.

Dans son projet la commission fait partir l'hypothèque pour la dot et les conventions matrimoniales du jour du contrat de mariage ; cette hypothèque reste conditionnelle tant que le mariage n'a pas été célébré, mais l'accomplissement de la condition produit un effet rétroactif conforme aux principes de l'article 1179 du Code civil.

A raison des droits résultant d'actes ou de faits postérieurs au mariage la commission, pour garantir les créances de la femme sans porter atteinte au crédit du

mari, repousse l'obligation de faire inscrire l'hypothèque légale par l'officier public qui rédige ces actes ; elle demande que la femme soit avertie et interpellée par le notaire sur la question de savoir si elle entend ou non prendre inscription, et que, seulement dans le cas de réponse affirmative, le notaire soit chargé de faire cette inscription.

Le projet du Gouvernement ne prévoit pas cette option et déclare seulement que des inscriptions doivent être prises par le mari, la femme, leurs parents ou amis non seulement sur les biens advenus au mari, mais encore sur ceux qu'il possédait au jour du mariage.

La commission accorde à la femme ou à ceux qui agissent dans son intérêt un délai de deux mois pour prendre inscription sur les biens advenus au mari, disposition semblable à celle que nous avons déjà indiquée pour le tuteur.

Elle autorise à prendre inscription dans l'intérêt du mineur ou de la femme, les parents, alliés ou, à leur défaut, les amis du mineur; elle charge le Procureur de la République, et pour le mineur, le juge de paix de remplir la même formalité ; enfin elle demande que les agents de l'enregistrement qui relèvent les contraventions contre les officiers publics, coupables de négligence, réparent l'omission causée par ces derniers en prenant eux-mêmes l'inscription.

Le projet du Gouvernement donne aux parents et

amis la faculté d'inscrire pour les incapables, mais ne fait pas intervenir le ministère public.

Enfin la commission, pour le cas de réduction des garanties accordées à la femme ou au mineur, veut qu'on procède par voie d'action quand il s'agit de réduire l'hypothèque légale du mineur et quand la femme ne consent pas à la réduction réclamée par le mari ; et au contraire qu'on procède par voie de requête quand les époux sont d'accord ; de plus elle renvoie aux articles 407 et suivants du Code civil sur la composition du conseil de famille appelé à donner son avis sur la réduction de l'hypothèque légale et dispose qu'il sera composé de six membres au lieu de quatre.

La discussion sur le projet présenté par M. de Vatimesnil s'ouvrit le 25 juin 1850 et l'Assemblée vota le passage à une seconde lecture, cette résolution était très justifiée par l'importance des innovations proposées à la sanction du Parlement.

Au même moment le Conseil d'Etat qui avait examiné le premier projet déposé par la commission, formulait son avis dans un rapport présenté par M. Bethmont le 9 juillet 1850 et repoussait la réforme pour s'en tenir aux principes du Code civil.

A l'appui de son opinion le Conseil d'Etat invoquait les considérations suivantes :

D'abord en ce qui concerne les mineurs et les interdits, le système de garantie proposé lui paraissait incomplet en même temps que sa mise en pratique nécessitait

de grands changements dans l'institution des conseils de famille et de la Caisse des dépôts et consignations.

Il insistait particulièrement sur la responsabilité fort lourde qui allait peser sur les juges de paix et leurs greffiers et sur les nouveaux devoirs qui leur étaient imposés.

« La magistrature des justices de paix, la plus modeste entre toutes et cependant la plus utile, voit, sous la loi nouvelle, s'agrandir outre mesure ses attributions. Le juge de paix, président des conseils de famille, sera surchargé de travail ; il exercera une influence que nous ne regretterions pas si nous étions convaincus que l'on trouvera dans tous les cantons de France des magistrats capables de remplir dignement leur charge. Ils ne seront plus appelés à régulariser seulement, quant à la forme, les nominations de tuteurs ; ils seront appelés à un contrôle presque incessant de leur gestion. »

« Le juge de paix, dans un conseil de famille, préside, départage, influe, mais il ne commande pas, rôle délicat et difficile qui emprunte sa dignité et sa puissance plus encore aux qualités morales de l'homme qu'au caractère officiel du magistrat. »

« On devra certes se féliciter si le juge de paix, dont le patronage va s'étendre en pénétrant de plus en plus dans les familles, ne se sert de son influence que pour diriger utilement et faciliter la gestion des tuteurs, la débarrasser des entraves inutiles et ne

« lui faire sentir le frein légal qu'autant que cela sera  
« nécessaire, mais il serait funeste que la loi interpré-  
« tée par lui devint méticuleuse et tracassière (1). »

De même pour les greffiers, le Conseil d'Etat trouvait leur responsabilité illusoire pour les parties et ruineuse pour eux-mêmes, la moindre négligence pouvant entraîner la perte de leur fortune.

Le Conseil d'Etat regrettait aussi l'intervention de l'action publique dans la gestion des affaires privées et rappelait qu'après la promulgation du titre des hypothèques en 1804, les membres du ministère public, appliquant les articles 2138 et 2139 du Code civil qui leur conféraient le droit de requérir les inscriptions au profit des incapables en cas de négligence de la part de ceux qui en étaient directement chargés, avaient exécuté la loi, et que, sur les réclamations et les plaintes que leur zèle fait naître, le grand juge en 1808 dut envoyer une circulaire qui eut pour effet non pas seulement de modérer l'action des procureurs, mais de la faire presque complètement cesser.

D'autre part, le Conseil d'Etat reprochait non moins vivement au nouveau projet d'aggraver la situation des tuteurs et des subrogés tuteurs alors qu'il importe de rendre ces charges plus accessibles puisqu'elles sont indispensables. L'hypothèque générale et sans inscription saisit tous les biens du tuteur sans autre avertisse-

(1) Rapport de M. Bethmont au nom du Conseil d'Etat, sur le projet de réforme hypothécaire.

ment que celui résultant de la loi ; on propose au contraire de discuter sa personne, peser sa solvabilité, lui demander le tableau de sa fortune, le contraindre à justifier que ses immeubles sont libres ; on le force enfin à des versements à une caisse publique et à côté de la confiance que commande le caractère de tuteur, on fait naître d'injurieux soupçons. Présentée sous un pareil jour, la tutelle deviendra pénible et l'aggravation des charges ou les froissements qu'éprouvera le tuteur retomberont sur le pupille et à son détriment. L'autorité du tuteur diminuera à mesure que le pupille pourra mieux connaître le système d'inquisition et d'épreuve auquel est soumis celui qu'il doit respecter. Les fonctions de tuteur et de subrogé tuteur seront acceptées avec répugnance, et chaque fois qu'il sera possible refusées non plus seulement par égoïsme, mais aussi par raison.

Si ces inconvénients sont communs à toutes les tutelles, ils auront une influence plus néfaste encore sur la tutelle des père et mère. Celle-ci est moins une attribution de la loi qu'une consécration faite par elle d'une attribution de la nature ; c'est une pure dérivation de la puissance paternelle. Cela est si vrai que quand la mort frappe l'un des père et mère, la tutelle est pour le survivant la transformation d'un devoir qui lui incombe déjà, le devoir de prendre soin de l'enfant et de gérer ses biens. La réforme assimile sur ce point la tutelle légitime à la tutelle dative, et soumet le père ou la mère

aux mêmes charges et aux mêmes obligations qu'un tuteur étranger. C'est une atteinte grave à l'autorité et à la dignité paternelles qui aura pour conséquence d'affaiblir les liens de la famille et de toucher aux droits très élevés et très respectables sur lesquels elle repose.

Le Conseil d'État repoussait également la réforme de l'hypothèque légale de la femme, reprochant au système préconisé de ne pas garantir suffisamment les droits de la femme et de n'obtenir ces garanties là où elles existent, qu'au prix d'un trouble général apporté dans la paix de la famille et de conditions dont l'accomplissement répugne au caractère de la femme et à ses devoirs envers son mari.

Le Conseil d'État concluait donc au maintien du système du Code civil dans lequel « la protection organisée  
« pour les mineurs et les femmes mariées est plus com-  
« plète et l'indépendance de l'inscription constitue une  
« sauvegarde appropriée aux mœurs, sanctionnée par  
« l'expérience et conforme aux besoins de la famille. On  
« ne peut pas faire retomber les conséquences de l'omis-  
« sion de l'inscription sur les incapables auxquels pour-  
« tant on ne pourrait adresser d'autre reproche que  
« de vivre sous une législation qui ne les protège pas  
« assez (1). »

Le projet de loi vint en deuxième délibération le 13 novembre 1850 ; pendant dix-sept séances presque

(1) Rapport précité.

consécutives, il fut chaudement discuté par les plus éminents jurisconsultes tels que Valette, Dupin, Demante, etc. Les propositions faites par la commission reçurent de nombreuses atteintes et des modifications proposées par plusieurs membres de l'Assemblée législative furent adoptées par elle.

Mais c'est particulièrement sur la publicité hypothécaire que la commission fut mise en échec ; la plus grave atteinte fut celle qui frappa les hypothèques légales. Sur les observations et les instances très vives de M. Demante, l'Assemblée maintint à cette hypothèque son caractère occulte et général (1).

Ainsi amendé le projet de loi fut voté en seconde lecture le 10 mars 1851. La troisième délibération s'ouvrit le 1<sup>er</sup> juillet suivant. Mais la discussion fut renvoyée à une date ultérieure pour permettre à la commission d'examiner les amendements importants déposés entre les deux premières lectures. Elle n'avait pas encore été reprise quand survinrent les événements de décembre 1851 qui, en mettant fin à l'existence de l'Assemblée législative, réduisirent à néant son œuvre en matière hypothécaire.

Le Gouvernement impérial reprit le projet de réforme, mais avec beaucoup moins d'ampleur. Ce projet devint la loi du 23 mars 1855 sur la transcription en matière hypothécaire. Elle rétablit le principe de la trans-

(1) Séances des 8 janvier et 12 février 1851, *Moniteur officiel*, p. 70, colonne 2, p. 460, colonne 1.

cription obligatoire à l'égard des tiers pour les actes translatifs de propriété et de droits réels ; elle fit cesser la dispense d'inscription des hypothèques légales qui survivait indéfiniment à la cessation du mariage ou de la tutelle ; tenant compte des critiques que ce privilège excessif avait suscitées dans l'enquête de 1841, elle reprit la disposition de l'édit de 1673 et exigea la publicité des hypothèques des incapables après la cessation de la cause d'incapacité à laquelle cette garantie est attachée. D'après l'article 8 de la loi, les hypothèques de la femme mariée, du mineur et de l'interdit doivent, sous peine de perdre leur rang de faveur, se manifester par l'inscription dans l'année qui suit la cessation de la tutelle ou la dissolution du mariage.

D'autre part, l'article 9, qui depuis a été complété par la loi du 13 février 1889, pourvoit à la publicité des cessions ou renonciations de la femme mariée à son hypothèque légale de manière à porter ces cessions ou renonciations à la connaissance des tiers.

## SECTION II. — Législation comparée.

Nous n'avons pas l'intention de présenter ici un tableau d'ensemble de toutes les législations étrangères et d'étudier le régime auquel sont soumises les hypothèques légales dans tous les pays. Cette étude nous entraînerait trop loin de notre sujet et ne répondrait pas au but que nous nous proposons, de trouver les me-

sures destinées à procurer aux incapables une législation de l'hypothèque plus équitable et meilleure pour la sauvegarde de leurs intérêts.

On divise communément les différentes législations en trois groupes distincts :

Le groupe dérivé du droit français ;

Le groupe se rattachant au système germanique ;

Et le groupe dont l'*Act Torrens*, promulgué dans l'Australie du Sud en 1858, a été le modèle.

Cette division, mise en lumière dans le livre remarquable de M. Besson sur les *Livres fonciers et la Réforme hypothécaire*, trouve sa justification dans ce fait que les législations classées dans un même groupe ont un régime hypothécaire reposant sur une même base.

Dans le système français, l'organisation de la publicité des actes de transmission de la propriété foncière et des charges qui la grèvent repose sur la personne du propriétaire des immeubles. C'est au nom de cette personne que sont délivrés les états sur transcription ; c'est contre elle que sont prises les inscriptions de privilèges et d'hypothèques.

Le système germanique et le système de l'*Act Torrens* qui ont pour base commune le Livre Foncier, se différencient du système français en un point capital : la publicité des transmissions immobilières et des hypothèques y est organisée d'une manière réelle ; on ne suit pas la personne du propriétaire, mais l'immeuble lui-même.

Le Livre Foncier individualise chaque immeuble et en donne l'histoire juridique en faisant connaître le nom des différents propriétaires et toutes les charges réelles qui grèvent cet immeuble.

Mais ces deux systèmes se divisent sur les effets de l'inscription au registre foncier.

Dans le système germanique, l'inscription d'un droit sur le registre ne donne pas au titulaire de ce droit un titre absolu. Si le contrat inscrit est annulable ou résoluble, il pourra être radié sous la réserve des droits des tiers de bonne foi; dans le système de l'*Act Torrens* au contraire, l'inscription au registre est définitive et donne un titre incommutable au titulaire du droit dont l'acte est inscrit qui n'a à redouter ni éviction, ni prescription. Tous les titres et droits antérieurs au sien ne figurant pas au registre sont abolis. De plus, dans le premier système l'immatriculation au registre foncier des actes de transmission de propriété ou de création de droits réels est obligatoire, tandis qu'elle est facultative dans le système de l'*Act Torrens*.

Ces différences si tranchées entre ces trois groupes de législation montrent l'intérêt qu'il y a à les distinguer.

Nous limiterons notre examen au premier groupe, parce que la réforme du régime de l'hypothèque légale que nous proposons d'introduire en France n'apporterait pas, pour le moment du moins, de modifications à l'organisation de la publicité personnelle qui est en vigueur.

D'autre part, dans le système germanique nous avons vu que cette organisation est toute différente et dans certains pays appartenant à ce groupe, tels que la Prusse, l'Autriche, la Suède, la loi ne reconnaît pas les hypothèques légales (1). En effet, les transmissions de propriété et les constitutions d'hypothèques ne sont valables que par l'inscription au livre foncier non seulement à l'égard des tiers, mais entre les parties contractantes. Il découle de ce principe fondamental qu'il ne peut y avoir ni privilège, ni hypothèque légale à proprement parler.

Nous étudierons donc les législations de la Belgique, de l'Italie et de la Grèce, et nous terminerons en montrant que plusieurs pays, appartenant aux groupes germanique et australien, ont emprunté à la Belgique les mesures destinées à assurer l'inscription publique et spéciale de l'hypothèque légale.

### I. — Belgique.

La loi hypothécaire belge qui date du 16 décembre 1851 occupe une place prépondérante dans la législation étrangère que nous allons étudier. En adoptant complètement le double principe de la publicité et de la spécialité, elle n'a pas modifié le système de publicité personnelle du Code civil ; mais les mesures qu'elle a prises pour spécialiser les hypothèques et assurer leur

(1) Il en est de même dans le Code de l'Empire allemand qui doit être promulgué et mis en application le 1<sup>er</sup> janvier 1900.

inscription ont pour nous un intérêt d'autant plus grand qu'elles sont devenues le modèle qui, depuis cinquante ans, a été copié par la plupart des législateurs voulant réformer leur système hypothécaire.

Le législateur belge, reconnaissant les imperfections du Code français, a cherché à y remédier et à en corriger les abus ; et, dans l'alternative de léser quelques intérêts particuliers ou de porter une atteinte permanente au crédit foncier, il a nettement pris parti pour la première solution.

Le principe posé, c'est que l'hypothèque légale ne se conserve et ne prend rang que par l'inscription et qu'elle ne peut être inscrite que si elle a été préalablement spécialisée. De là deux sortes de mesures destinées à fournir des garanties aux mineurs et aux interdits et aux femmes mariées.

A. — *Mineurs et interdits.*

L'article 2141 du Code civil qui permet au conseil de famille d'autoriser le tuteur à ne prendre inscription que sur certains immeubles et à affranchir de l'hypothèque légale ceux qui n'ont pas été compris dans cette inscription, a fourni le principe de la réforme à introduire.

On a pensé qu'il fallait ériger en règle ce qu'il tolère comme une simple faculté et permet par voie d'exception ; de cette manière les garanties à fournir par le tuteur sont limitées dès le début ; de plus on a permis

au conseil de famille de limiter les sommes disponibles du mineur qui peuvent se trouver entre les mains du tuteur (1).

Au moment de la nomination du tuteur, ou avant l'entrée en exercice de toute tutelle, le conseil de famille fixe la somme pour laquelle il est pris inscription hypothécaire : il désigne les immeubles sur lesquels cette inscription doit être requise en égard à la fortune des mineurs et des interdits, à la nature des valeurs dont elle se compose et aux éventualités de la responsabilité du tuteur.

Le conseil de famille peut, en raison des circonstances, déclarer qu'il ne sera pris aucune inscription sur les biens du tuteur, mais cette déclaration n'a d'effet que jusqu'à révocation. Il convient de ne pas confondre cette déclaration avec la renonciation à l'hypothèque. La renonciation en entraîne l'extinction, tandis que la déclaration que l'hypothèque ne sera pas inscrite laisse subsister cette hypothèque, laquelle pourra toujours être inscrite plus tard puisque la délibération du conseil de famille sur ce point est révocable.

Mais cette faculté accordée au conseil nous semble très dangereuse parce que les raisons bonnes ou mauvaises qui ont engagé le conseil de famille à ne pas spécialiser l'hypothèque légale pouvant subsister pendant le cours de la tutelle, le conseil ne reviendra pas sur

(1) C'est seulement en France en 1880 que le législateur a, par la loi du 27 février, répondu en partie à cette même préoccupation.

sa première délibération et l'hypothèque sera inefficace quoiqu'existant en théorie (1).

La délibération du conseil de famille qui spécialise le gage hypothécaire doit être motivée, à peine de nullité, et constater que le tuteur a été entendu ou appelé.

En règle générale le conseil ne doit pas motiver ses décisions, même quand elles sont soumises à l'homologation de la justice ; mais ici on a voulu qu'il la motivât, parce que le conseil pourra reculer devant une décision dangereuse étant obligé d'en donner les motifs, et qu'il sait de plus qu'une autorité supérieure a le pouvoir de le contrôler puisque la délibération sur la spécialisation est sujette à opposition.

Le tuteur, le subrogé tuteur et tout membre du conseil de famille peut, dans la huitaine, former opposition à la délibération. Cette opposition qui, dans aucun cas, n'est suspensive, doit être formée contre le subrogé tuteur quand elle tend à faire réduire les garanties déterminées par le conseil de famille au profit des mineurs et des interdits et contre le tuteur si elle a pour but de les faire augmenter. Le tribunal statue d'urgence après avoir entendu le procureur du Roi et contradictoirement avec lui.

Le tuteur ou le subrogé tuteur est chargé de prendre l'inscription en vertu de la délibération ; si le tuteur

(1) Les conseils de famille ont d'ailleurs abusé de la faculté, et dans les premières années qui ont suivi la publication de la loi, la clause de renonciation était presque devenue de style. Laurent, t. 2-30, *Droit civil*.

commence sa gestion avant l'accomplissement de cette formalité, le conseil de famille, convoqué sur la réquisition des parents ou autres parties intéressées, ou d'office par le juge de paix, peut lui retirer la tutelle. C'est une sanction sévère, mais juste ; d'ailleurs étant facultative le conseil appréciera les circonstances ; toutefois il est permis de penser que cette sanction sera peut-être illusoire parce que ceux qui sont chargés de la prononcer sont presque aussi coupables que le tuteur lui-même, puisqu'il appartenait aux membres du conseil de spécialiser l'hypothèque et de la faire inscrire sans l'intervention du tuteur comme nous allons le voir.

Le subrogé tuteur, sous sa responsabilité personnelle, est chargé de veiller à ce que l'inscription soit valablement prise sur les biens du tuteur, ou de la prendre lui-même.

Enfin le conseil de famille peut spécialement commettre l'un de ses membres ou toute autre personne pour requérir cette inscription.

On ne comprend pas trop pourquoi le législateur belge n'a pas imposé la même obligation au juge de paix comme il l'a fait pour l'hypothèque légale de la femme mariée (art. 70) ; ce magistrat, sur qui repose l'exécution de la loi, connaît la législation, l'importance de la garantie hypothécaire et paraît aussi bien désigné pour remplir cette formalité pour le mineur que pour la femme.

D'autre part, aucune expédition des délibérations des

conseils de famille, à l'exception de celles relatives aux nominations de tuteurs ou de subrogés tuteurs ou de celles déterminant l'hypothèque légale, ne peut être délivrée par le greffier de la justice de paix avant qu'il lui ait été dûment justifié de la prise de l'inscription contre le tuteur pour les sommes et sur les immeubles désignés par le conseil de famille. Le greffier qui enfreindrait cette disposition serait responsable personnellement et pourrait même être destitué s'il y avait lieu.

Dans le cas où il est reconnu que le tuteur ne possède pas d'immeubles, le conseil de famille, après avoir fixé la somme à laquelle commence pour le tuteur l'obligation d'employer l'excédent des revenus sur les dépenses, peut ordonner qu'en attendant cet emploi, les capitaux des mineurs et des interdits soient versés par le tuteur à la Caisse des Dépôts et Consignations à la diligence du subrogé tuteur ou d'un membre du conseil de famille commis à cet effet.

Si les garanties données aux mineurs et aux interdits deviennent insuffisantes, le conseil de famille peut exiger ou une augmentation de la somme qui devait garantir l'hypothèque, ou l'extension de cette hypothèque à d'autres immeubles. Si le tuteur ne possède pas d'autres immeubles ou n'en possède que d'une valeur jugée insuffisante, le dépôt à la Caisse des Dépôts et Consignations peut être exigé. Si alors il survient postérieurement des immeubles au tuteur, le conseil de

famille détermine ceux qui seront affectés à la garantie du mineur ou de l'interdit.

En sens inverse, si les garanties fournies par le tuteur deviennent évidemment excessives au cours de la tutelle, le conseil de famille peut, après avoir entendu le subrogé tuteur, restreindre par une délibération motivée les sûretés primitivement exigées. Cette délibération est soumise à l'homologation du tribunal qui statue sur l'avis du ministère public et contradictoirement avec lui.

Il est interdit au tuteur de recevoir, sans l'assistance du subrogé tuteur, le remboursement de capitaux non exigibles, ni de créances à terme qui ne doivent échoir qu'après la majorité du pupille. Le subrogé tuteur veille à ce que les sommes remboursées soient immédiatement versées dans une Caisse publique, à moins que le conseil de famille n'autorise le tuteur soit à en faire emploi, soit à les conserver et à les faire valoir ; dans ce dernier cas l'autorisation peut être subordonnée à une hypothèque à donner ou à un cautionnement à fournir par le tuteur.

Enfin la loi belge organise un système pour centraliser tous les renseignements concernant les tutelles. A cet effet, au greffe de chaque justice de paix sous la surveillance du juge et la responsabilité personnelle du greffier, il est tenu un état de toutes les tutelles ouvertes dans le canton. Cet état contient la date de l'ouverture des tutelles, les noms, prénoms et demeures

des mineurs et des interdits, tuteurs et subrogés tuteurs, la date et le résumé des délibérations des conseils de famille relatives à l'hypothèque légale des incapables, la date des inscriptions prises ou la mention des causes pour lesquelles il n'en aurait pas été requis. Chaque année, dans le courant du mois de décembre, le greffier doit adresser sous sa responsabilité au procureur du Roi de son arrondissement une copie entière de cet état pour les tutelles ouvertes dans l'année, et pour les autres la simple indication des changements survenus dans l'année courante relativement à l'hypothèque légale, à son inscription ou aux dépôts que l'absence ou l'insuffisance des immeubles ont nécessités. Dans le mois de janvier suivant le procureur du Roi soumet cet état au tribunal qui, sur le rapport d'un de ses membres, en chambre du conseil, statue tant d'office que sur les réquisitions du ministère public et prescrit les mesures nécessaires dans l'intérêt des incapables dont les droits n'ont pas été sauvegardés.

Par cette dernière garantie, peut-être même préférable à toutes les autres, le législateur belge, pour mieux assurer la protection des incapables, a confié à l'autorité judiciaire le soin de surveiller l'accomplissement de toutes les formalités (1).

(1) Ce système reproduit presque textuellement l'article 2131 du projet de la commission chargée d'examiner la proposition de loi de M. Pougeard, et plus particulièrement l'article 2155 du projet de loi du

## B. — Femmes mariées.

Pour les femmes mariées la situation est différente, car le mariage étant un acte libre et raisonné est prévu et médité à l'avance. Le contrat de mariage qui forme une sorte de pacte d'union entre les deux familles au point de vue de leurs intérêts est précédé en général de délibérations assez longues. La femme y traite sous l'inspiration de sa famille et peut y stipuler toutes les garanties nécessaires.

Aussi quand le législateur belge a voulu introduire des réformes dans l'hypothèque légale de la femme mariée, il s'est trouvé en présence de différents systèmes proposés par des membres du Parlement belge et du projet du Gouvernement.

La solution la plus radicale était la suppression pure et simple de cette hypothèque, et son remplacement par une hypothèque conventionnelle stipulée par la femme dans son contrat de mariage (1).

M. Orts, l'auteur de cette innovation, est venu présenter dans la séance du Parlement du 4 février 1851, les arguments en faveur de son système.

Au point de vue du crédit, il déclarait que le projet du Gouvernement n'assurait pas d'une manière assez

Gouvernement sur les privilèges et hypothèques soumis à l'Assemblée législative de 1850.

(1) Nous avons eu l'occasion de parler de cette proposition que nous avons étudiée et combattue à propos du maintien de l'hypothèque légale. Voir p. 33.

efficace l'inscription de l'hypothèque en ne prononçant aucune pénalité contre l'inexécution de cette formalité ; et alors de deux choses l'une : ou on usera de la faculté d'inscrire l'hypothèque, ou on n'en usera pas. Si la femme, le mari, certains parents ou le ministère public ont requis l'inscription comme ils en ont le droit, toutes les hypothèques légales seront inscrites et ce sera une atteinte considérable au crédit, car le patrimoine des maris sera grevé et mis en indisponibilité au profit de créances dont certaines sont éventuelles et ne se réaliseront pas toujours. Mais il est plus probable que l'hypothèque ne sera pas inscrite, car peu de personnes, quand elles ont la faculté de s'abstenir, consentent à se mêler des affaires d'autrui. Dans ce cas il n'y a pas de danger, mais à quoi sert l'hypothèque légale puisqu'elle ne produit aucun effet quand elle n'est pas inscrite ?

Ensuite au point de vue des intérêts de la femme et des idées morales de la famille, M. Orts trouvait le projet du Gouvernement injustifiable parce qu'il accordait à la femme le droit de sauvegarder ses créances en prenant elle-même ou par ses parents, pendant la durée du mariage, hypothèque sur les biens de son mari. C'est placer la femme dans une dangereuse alternative : ou elle sacrifiera ses intérêts, ou elle profitera des dispositions de la loi, et alors on convie la femme à faire un procès à son mari, à prendre une inscription dont il peut demander la réduction en justice ; c'est une at-

teinte grave aux règles du mariage et aux principes constitutifs de la famille. La dignité du mari comme chef de l'association conjugale et le maintien de la bonne intelligence entre les époux repoussent des procédés semblables.

M. Thibaut soutenait, au contraire, qu'il fallait s'en tenir au Code civil tout en admettant quelques modifications favorables au crédit ; il repoussait à la fois le système de M. Orts et le projet du Gouvernement. A M. Orts, il reprochait de ne pas permettre à la femme d'obtenir une garantie postérieure à l'hypothèque conventionnelle qu'elle aurait stipulée dans son contrat de mariage, et au Gouvernement de froisser l'intérêt moral des familles sans protéger la femme : « Elle éprouvera, « disait-il, une invincible répugnance à faire des dé-  
« marches auprès du président du tribunal pour ob-  
« tenir de prendre de nouvelles inscriptions au cours  
« du mariage ; obéissant à un sentiment plus élevé que  
« celui de son intérêt propre, elle craindra de troubler  
« la paix du ménage et de donner le signal de la ruine  
« de son mari. Si elle se décide à recourir à l'interven-  
« tion de la justice, il sera souvent trop tard. Peut-on  
« alors dire que la conservation des droits de la femme  
« sera assurée par ses parents ou le ministère public ?  
« Certainement non (1). »

Enfin le ministre de la justice est venu appuyer le

(1) Discussion sur le projet de loi sur les hypothèques. Séance du Parlement belge du 5 février 1851.

projet du Gouvernement en affirmant sa supériorité sur le Code civil et le projet de M. Orts. Il a montré que si l'intervention de la femme, quand le mari vend ou hypothèque un bien, est si souvent exigée, c'est qu'on ignore les hypothèques que la femme peut avoir sur les biens de son mari ; or, d'après le projet, tout bien non frappé d'inscription pour une somme déterminée sera libre. De plus ce projet a l'avantage de permettre à la femme de compléter ses garanties au cours du mariage, car la femme ne peut pas, au moment où elle se marie, prévoir toutes les chances d'avenir.

« La différence capitale entre le projet du Gouverne-  
« ment et celui de M. Orts, c'est que dans le premier si  
« la femme est ruinée, c'est à son imprudence qu'elle  
« le doit ; dans le second, c'est à la rigueur de la loi  
« qu'elle pourra l'attribuer (1). »

Le projet du Gouvernement fut adopté, et l'hypothèque légale de la femme mariée fut maintenue et soumise aux deux principes de la publicité et de la spécialité.

La femme mariée a une hypothèque spéciale sur les biens affectés par le contrat de mariage pour sûreté de sa dot et de ses conventions matrimoniales.

Elle peut aussi stipuler dans son contrat de mariage une hypothèque spéciale pour la garantie de ses reprises de toute nature, même conditionnelles ou éven-

(1) Discours du ministre de la justice, séance du 5 février 1851.

tuelles qu'elle pourra avoir à exercer contre son mari.

Ces hypothèques inscrites par le mari avant la célébration du mariage ont effet à dater de leur inscription. La femme peut aussi requérir l'inscription. Le contrat désigne les immeubles grevés, l'objet de la garantie et la somme à concurrence de laquelle l'inscription doit être prise.

S'il n'y a pas eu stipulation d'hypothèque ou en cas d'insuffisance des garanties déterminées par le contrat, la femme peut, pendant le mariage, en vertu de l'autorisation du président du Tribunal de son domicile, et à concurrence de la somme qui sera fixée par lui, requérir des inscriptions hypothécaires sur les immeubles de son mari pour sûreté de sa dot et de ses conventions.

De plus, malgré toute convention contraire, la femme peut toujours, avec l'autorisation du président du Tribunal, requérir pendant le mariage des inscriptions sur les immeubles de son mari pour toutes les causes de recours qu'elle peut avoir contre lui telles que celles qui résultent d'obligations souscrites par elle, d'aliénation de ses propres, de donations ou de successions auxquelles elle serait appelée. Les inscriptions ainsi prises devront désigner spécialement chaque immeuble et exprimer la somme pour laquelle elles sont requises. Les parents et alliés des époux jusqu'au troisième degré inclusivement peuvent, en se conformant aux règles indiquées, requérir les inscriptions au nom de la femme.

Le juge de paix du canton du domicile du mari et le procureur du Roi près le Tribunal civil peuvent requérir d'office ces inscriptions au nom de la femme.

Il est interdit à celle-ci de renoncer directement au profit de son mari aux inscriptions prises.

Le mari peut demander que l'hypothèque inscrite en raison des reprises de la femme soit réduite aux sommes que celle-ci peut avoir à réclamer et restreinte aux immeubles suffisants pour les garantir. Le Tribunal statue comme en matière sommaire, le procureur du Roi entendu et contradictoirement avec lui, après avoir pris l'avis des trois plus proches parents de la femme, et à défaut de parents à une distance rapprochée, l'avis de trois personnes connues pour avoir avec elle ou sa famille des relations d'amitié.

Enfin la loi belge décide que les inscriptions prises au profit des incapables sont dispensées du renouvellement et conservent leur force pendant toute la durée du mariage, de la minorité ou de l'interdiction, et de plus pendant l'année qui suit la dissolution du mariage ou la cessation de l'incapacité.

Telle est la réforme accomplie en Belgique dans le régime de l'hypothèque légale.

Après l'avoir ramenée au droit commun, le législateur a cherché par un ensemble de mesures spéciales à assurer l'inscription de cette hypothèque en chargeant de l'accomplissement de cette formalité un grand nombre de personnes qui, de près ou de loin, ont intérêt

à ce qu'elle soit remplie et en dernier lieu l'autorité judiciaire.

Nous avons vu que les projets soumis en 1850 à notre Assemblée législative contenaient la plupart des réformes adoptées en Belgique l'année suivante. Malheureusement, en s'inspirant de ces travaux, le législateur belge n'a pas cru devoir recourir aux officiers publics, tels que notaires et greffiers de justice de paix pour les associer aux mesures de protection destinées à assurer la formalité de l'inscription hypothécaire, et si les sanctions que contiennent les dispositions que nous venons d'analyser sont suffisantes pour les mineurs et les interdits, elles laissent encore place à la négligence ou au mauvais vouloir de ceux qui sont requis ou chargés de l'inscription de l'hypothèque de la femme mariée. De plus, la nécessité de l'autorisation préalable du président du tribunal civil pour permettre à la femme de prendre les inscriptions complémentaires au cours du mariage nous paraît fâcheuse, car nous croyons, pour notre part, que la femme hésitera souvent à s'adresser à ce magistrat.

Malgré ces critiques, la loi belge constitue une réforme déjà utile dans la législation de l'hypothèque légale et mérite, dans l'histoire de cette réforme, une place à part ; de plus elle contient des enseignements précieux pour les législateurs de l'avenir ; et en terminant l'étude de cette loi il reste intéressant de faire remarquer toute son importance, puisque c'est la pre-

mière atteinte sérieuse portée à l'œuvre du législateur de 1804 (1).

## II. — Italie.

Le système hypothécaire français appliqué en Italie a été amélioré par le Code de 1866 qui a respecté les

(1) Nous avons essayé d'obtenir quelques renseignements sur la manière dont est appliquée la loi belge et de savoir si ses prescriptions sont respectées.

Voici ce que nous avons appris à cet égard :

L'obligation d'inscrire l'hypothèque légale du mineur qui incombe au tuteur et au subrogé tuteur est très exactement remplie sous la surveillance sévère du juge de paix.

En revanche, pour les femmes mariées, les hypothèques ne sont jamais inscrites par le mari.

Ceci fait ressortir davantage la nécessité de s'adresser à un officier public responsable pour l'accomplissement de cette formalité.

D'autre part, l'intervention des parents ou alliés au nom de la femme ou celle du juge de paix ou du Procureur du Roi, qui peuvent agir d'office, ne se produisent jamais.

L'établissement des dossiers de tutelle au greffe de la justice de paix a produit de très bons résultats pour la centralisation de tous les renseignements concernant les tutelles ouvertes dans le canton.

Nous avons signalé plus haut (p. 73), l'abus de la faculté laissée au conseil de famille de dispenser de prendre inscription sur les biens du tuteur ; aujourd'hui, on est revenu à une pratique plus exacte de la loi et le conseil de famille détermine le plus souvent la somme pour laquelle l'inscription doit être prise.

Enfin les dispositions permettant à la femme de faire, pendant le mariage, appel au Président du tribunal pour lui demander de requérir les inscriptions hypothécaires devenues nécessaires sur les biens de son mari sont peu usitées, sauf pour le régime de séparation de biens ou le régime dotal.

Dans ce cas, l'inscription est prise à la requête de la femme sur une ordonnance du Président du tribunal.

Ce n'est guère que quand le mari étant commerçant marche vers le déclin ou qu'il est dissipateur que la femme prend ses précautions.

bases de la législation en la rapprochant de celle de l'an VII.

L'article 1981 exige que toutes les hypothèques soient rendues publiques par l'inscription ; celle-ci n'est pas soumise au renouvellement décennal et conserve, d'après l'article 2001, l'hypothèque pendant trente ans à compter de sa date.

D'autre part, le bordereau d'inscription spécialise les immeubles grevés de l'hypothèque légale. Ce bordereau contient la désignation de l'immeuble affecté par l'indication de sa nature, de la commune où il se trouve, du numéro du cadastre ou des plans s'il en existe et de trois au moins des tenants et aboutissants (art. 1979-1987).

Le contrat de mariage détermine les immeubles du mari grevés de l'hypothèque légale ; à défaut de cette détermination, les immeubles qu'il possède au moment où la dot est constituée, seront grevés de cette hypothèque pour les sommes dotales ; pour les donations et successions qui échoient à la femme, ce seront ceux qu'il possède au jour de l'ouverture de la succession ou au jour où la donation a produit son effet (art. 1969).

Pour l'hypothèque légale du mineur ou de l'interdit, les immeubles sur lesquels il sera pris inscription seront ceux indiqués par le conseil de famille soit à l'ouverture, soit au cours de la tutelle.

De plus le Code italien a pris certaines mesures destinées à assurer l'inscription de l'hypothèque des incapables.

L'hypothèque légale de la femme doit être inscrite dans le délai de 20 jours de l'acte de constitution de dot par le mari et par le notaire qui a reçu cet acte, à peine d'une amende de mille francs et de tous dommages-intérêts ; en outre elle peut l'être par celui qui a constitué la dot et par la femme qui n'a pas besoin d'autorisation (art. 1982-1984).

Celle du mineur ou de l'interdit doit être inscrite également dans un délai de vingt jours à partir de la délibération du conseil de famille qui a déterminé les biens du tuteur soumis à l'hypothèque. Cette inscription est à la charge du tuteur, du protuteur, et du greffier qui a assisté à la délibération sous les mêmes peines que pour le mari ou le notaire quand il s'agit de l'hypothèque de la femme mariée. Le mineur ou l'interdit, sans aucune autorisation, et leurs parents peuvent aussi requérir cette inscription (art. 1983).

Enfin le procureur du Roi est chargé de veiller à l'accomplissement de ces formalités, de provoquer, le cas échéant, l'application des peines établies et au besoin de requérir l'inscription de l'hypothèque des incapables (art. 1984).

### III. — Grèce.

Le système hypothécaire grec organisé par la loi du 14 août 1836 est dérivé du système français, mais s'en distingue en ce qui concerne la publicité des hypothèques.

Celles-ci, légales, conventionnelles ou judiciaires, ne sont ni générales, ni occultes, mais essentiellement publiques et spéciales. L'inscription n'est pas seulement exigée pour la conservation de l'hypothèque, elle est de plus requise pour assurer l'existence de ce droit réel. Les sanctions de ces prescriptions sont particulièrement rigoureuses.

Le subrogé tuteur et le conseil de famille sont tenus de faire inscrire l'hypothèque légale du mineur et sont personnellement responsables du préjudice que leur négligence pourrait causer au pupille. La loi reconnaît aussi aux tuteurs, parents et amis du mineur, aux autorités et au mineur lui-même la faculté de demander l'inscription.

Le mari est chargé de pourvoir à l'inscription de l'hypothèque légale de sa femme, sans préjudice du droit qui appartient à la femme et à ses parents de requérir cette formalité.

Enfin les tuteurs, subrogés tuteurs ou maris qui, après avoir négligé l'inscription mise à leur charge, auraient consenti une hypothèque au préjudice des droits de la femme ou du mineur seraient passibles d'emprisonnement, indépendamment des autres peines auxquelles leurs actes pourraient donner lieu.

Les législations que nous venons de voir et qui appartiennent au groupe dérivé du système français ont d'abord appliqué ou emprunté le Code de 1804, mais l'ont vite remanié et transformé, en commençant par

soumettre les hypothèques légales aux principes de la publicité et de la spécialité.

#### IV. — Espagne et Portugal.

Dans certains pays où l'organisation de la publicité hypothécaire repose sur l'établissement du Livre foncier, nous retrouvons les mesures empruntées aux projets de 1850 ou à la loi belge pour spécialiser et inscrire l'hypothèque légale.

Le régime espagnol actuel est établi par les lois des 8 février 1861, 21 décembre 1869 et 9 juillet 1877 auxquelles le Code civil de 1889 ne fait que se référer dans son article 608 (1).

En la forme, le système en vigueur est celui du Livre foncier tenu dans chaque arrondissement judiciaire. Toutes les hypothèques sont soumises au régime de la publicité et de la spécialité.

L'hypothèque de la femme (art. 168) est inscrite par elle-même si elle est majeure et si elle est mineure à la requête de ses père et mère, de ceux qui lui ont constitué une dot ou à leur défaut du magistrat du ministère public près le tribunal du district.

Celle du mineur est inscrite à la requête du tuteur, et au cours de la tutelle si la garantie primitive devient insuffisante, le juge doit exiger d'autres sûretés et même

(1) Lehr, *Code civil espagnol*, t. I, nos 403 et suivants ; t. II, nos 408, 409.

ordonner le placement des capitaux du mineur et le dépôt de l'excédent de ses revenus.

Pour assurer l'inscription de l'hypothèque légale des incapables la loi espagnole prescrit les mesures suivantes. Tout notaire qui reçoit un contrat d'où résulte une hypothèque légale à leur profit doit la mentionner expressément dans l'acte, et dans les quarante-huit heures adresser un extrait analytique de l'acte au bureau de la conservation des hypothèques.

Si dans les trente jours qui suivent l'hypothèque n'a pas été inscrite, le conservateur en informe le ministère public pour qu'il puisse requérir d'office cette inscription, et tous les six mois il envoie au président du tribunal le relevé des extraits à lui adressés par les notaires et non suivis d'inscriptions.

Un projet actuel dont la prise en considération a été votée le 19 février 1890 aurait pour effet de substituer en Espagne, au régime en vigueur, une législation analogue à celle de l'*Act Torrens*.

Le Code civil portugais de 1867 complété par les décrets du 17 décembre 1869 et 28 avril 1870 présente les mêmes traits généraux que le Code espagnol.

#### V. — Algérie.

Enfin dans les législations dérivées de l'*Act Torrens* et surtout dans les projets destinés à établir le régime des hypothèques légales des incapables, des mesures

semblables à celles que nous venons d'étudier ont été introduites.

C'est le cas de l'Algérie et de la Nouvelle-Calédonie.

Les lois des 26 juillet 1873 et 28 avril 1887 ont organisé en Algérie le régime foncier et hypothécaire. Mais la situation des propriétaires est précaire ; et jamais un acquéreur n'est à l'abri d'une éviction totale ou partielle si son immeuble n'a pas été soumis aux opérations de la loi de 1873. De plus, les imperfections de notre système de publicité produisent en Algérie des résultats plus fâcheux encore qu'en France.

Aussi deux projets de loi ont été successivement élaborés pour remédier à cet état de choses.

Le premier est l'œuvre d'une commission présidée par M. Tirman, alors gouverneur général, et chargée d'étudier les modifications susceptibles d'être apportées à la législation hypothécaire en vigueur. Le 26 novembre 1886, la Commission rendait compte de ses travaux dans un rapport présenté par M. Dain au nom du gouverneur général (1).

Les rédacteurs de ce projet appliquent rigoureusement la règle de la publicité et de la spécialité hypothécaires.

Toute hypothèque conventionnelle, légale ou judiciaire ne prend rang qu'à compter de son inscription sur des immeubles ou pour des sommes déterminées.

(1) *Revue Algérienne*, 1887.

La Commission s'est efforcée de concilier le principe de l'inscription obligatoire avec la garantie due aux incapables.

Elle a pris conseil des dispositions proposées en 1850 à l'Assemblée législative, et de celles inscrites dans la loi belge de 1851. L'hypothèque de la femme est déterminée au moment du contrat de mariage ; elle peut toujours être augmentée ou diminuée au cours du mariage par jugement rendu en la chambre du conseil ; cette même procédure permet de déterminer l'hypothèque de la femme mariée sans contrat.

En ce qui concerne le mineur ou l'interdit, c'est le conseil de famille qui doit déterminer, augmenter ou diminuer l'hypothèque légale sauf le droit pour les membres de ce conseil de se pourvoir devant les Tribunaux contre une décision qui n'aurait pas été unanime.

Ces hypothèques ne prennent rang qu'à dater de leur inscription.

L'hypothèque de la femme doit être inscrite à la diligence du notaire dans le délai d'un mois du mariage sous peine d'amende. Celle du mineur à la requête du greffier du juge de paix dans les vingt jours de la délibération du conseil de famille. En outre de ces fonctionnaires à qui la loi impose l'obligation de requérir l'inscription, la même faculté est accordée à la femme, à ses héritiers, parents, alliés et créanciers, au mineur, à ses parents, alliés, amis et créanciers.

Le second projet est l'œuvre de la Commission sé-

natoriale d'études de l'Algérie. Le rapport qui précède le projet a été déposé le 29 mars 1893 sur le bureau du Sénat par M. Franck Chauveau.

Les mesures déjà prévues en 1886 pour assurer la publicité et la spécialité des hypothèques légales ont été reprises par les auteurs du second projet et complétées sur certains points.

Le mari ou le tuteur peut être dispensé de l'hypothèque légale en constituant un gage mobilier, à la condition que cette substitution soit approuvée et les conditions de la constitution fixées par jugement du Tribunal rendu en la chambre du conseil ; le ministère public entendu.

De plus, une clause du contrat de mariage ou une décision de justice peut ordonner que le numéraire et les valeurs mobilières au porteur appartenant en propre à la femme et dépassant la somme de mille francs soient déposés à la Caisse des Dépôts et Consignations, ou entre les mains d'une personne ou d'une société indiquée au contrat de mariage ou désignée par le Tribunal.

#### VI. — Nouvelle-Calédonie.

Le régime foncier actuel du Code civil et de la loi du 23 mars 1855 est appliqué en Nouvelle-Calédonie.

Mais en raison de ses inconvénients, M. Noël Paridon, gouverneur de la Nouvelle-Calédonie, a proposé

un projet de décret tendant à introduire dans cette colonie, les principes de la loi australienne.

Les hypothèques légales du mineur ou de l'interdit sont spécialisées par le conseil de famille, celle de la femme dans son contrat de mariage pour sa dot et les conventions matrimoniales.

Dans les deux cas, l'hypothèque est inscrite d'office par le conservateur des hypothèques au reçu d'un avis que lui envoie le notaire, le juge de paix ou le greffier du Tribunal. Si pendant la tutelle ou le mariage, les inscriptions prises paraissent insuffisantes pour la garantie des droits advenus à la femme ou au mineur par succession ou donation, elles peuvent être étendues par jugement sur la demande de la femme ou du subrogé tuteur.

Ce projet date du 29 août 1891, mais ses dispositions inférieures à celles de la loi belge sont moins complètes et demanderaient une révision générale.

## TROISIÈME PARTIE

### ÉTUDE DES NOUVEAUX PROJETS DE RÉFORME EN FRANCE

---

Les hypothèques légales avaient été sacrifiées en 1804 et les dérogations apportées en ce qui les concerne, au double principe fondamental de la publicité et de la spécialité paraissent avoir été une sorte de rançon offerte pour obtenir que ce même principe fût proclamé.

En 1851, alors que les projets de la commission parlementaire et du Gouvernement élaborés en vue d'une réforme destinée à donner satisfaction aux exigences nouvelles du crédit paraissaient devoir aboutir, un brusque revirement se produisit et pour la seconde fois les hypothèques légales continuaient à être occultes et générales.

Nous venons de voir que les législations étrangères étaient entrées dans une voie nouvelle et n'avaient pas hésité à les soumettre à la publicité et à la spécialité.

La question de la réforme momentanément abandonnée reparut il y a environ une quinzaine d'années

et provoqua un courant d'opinion encore plus sensible que celui qui avait accompagné l'enquête de 1841.

Au cours de la session législative de 1890, le Gouvernement proposa de mettre à l'étude la question de la révision du cadastre.

Un décret du 30 mai 1891 institua une commission extra-parlementaire composée des noms les plus autorisés et les plus éminents, et chargée d'étudier les nombreuses questions que soulève cette réforme tant au point de vue juridique qu'au point de vue technique, et de préparer les règles législatives à intervenir.

Cette commission, dont les travaux ne sont pas achevés, a siégé de 1891 à 1895, et les résultats acquis et déjà très importants de ses délibérations ont été consignés dans cinq volumes publiés par le Ministère des Finances ; ils forment une œuvre considérable destinée à faciliter beaucoup la réforme législative.

En ce qui concerne l'hypothèque légale la sous-commission juridique, après examen de la législation actuelle, en a demandé la réforme et le comité de rédaction et d'études a élaboré un avant-projet de loi sur la matière qui a été discuté et approuvé par la sous-commission ; cet avant-projet est précédé d'un très intéressant rapport de M. Challamel.

Enfin, le Gouvernement, à son tour, a déposé au Sénat le 26 octobre 1896 un important projet de loi sur la réforme hypothécaire.

Une commission nommée par le Sénat le 24 novembre

suivant pour l'examiner n'a pas encore déposé son rapport (1).

Nous n'avons pas à rappeler, avant de commencer l'analyse et la comparaison des deux projets de la commission du cadastre et du Gouvernement, les inconvénients du régime actuel de l'hypothèque occulte et générale ; nous avons vu les résultats pratiques d'une semblable législation et vérifié le bien fondé des reproches qu'on lui adresse.

D'autre part, nous avons constaté que si cette hypothèque légale était un droit peut-être excessif accordé aux incapables pour la protection de leurs intérêts, elle leur était cependant indispensable à raison même de leur faiblesse ou de leur incapacité et que sa suppression aurait de graves conséquences.

Dès lors, la réforme doit porter non pas sur l'existence de l'hypothèque légale, mais sur le régime auquel elle est soumise, et en présence des vices que présentent la clandestinité et la généralité il faut sans nuire à la protection des droits qu'elle garantit la rendre publique et spéciale.

Il est bon de rappeler ici qu'à deux reprises différentes la législation française elle-même a essayé des réformes partielles. En effet, l'article 34 de la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés dispose que lorsqu'un ad-

(1) Cette commission a été composée de M. Jules Cazot, président, M. Dufernat, secrétaire ; MM. Labiche, Salomon, Béranger, Cordelet, Pradal, Ratier et Pauliac, membres.

administrateur aura été nommé pour la gestion du patrimoine de l'aliéné non interdit qui se trouve placé dans un établissement d'aliénés, le tribunal doit décider s'il sera constitué sur les biens de cet administrateur provisoire une hypothèque générale ou spéciale ; et la loi laisse toute latitude au tribunal pour décider. L'article ajoute que cette hypothèque ne datera que du jour de l'inscription qui sera faite à la diligence du procureur du Roi dans le délai de quinzaine.

En second lieu, la loi du 24 juillet 1889 sur la protection des enfants moralement abandonnés, décide que lorsque le père aura encouru la déchéance de la puissance paternelle, et qu'à défaut de la mère pouvant prendre, à la place du père, la direction des intérêts de l'enfant, il sera nommé un tuteur à cet enfant le tribunal devra décider s'il y a lieu de constituer une hypothèque, dans quelle mesure et pour quelle somme.

Ces deux tentatives constituent l'aveu formel fait par notre législation des inconvénients de notre système hypothécaire.

Dès lors, il faut recourir à l'expérience des pays voisins pour chercher les procédés les meilleurs destinés à assurer une protection plus sûre, moins injuste et moins aléatoire aux incapables. La Belgique s'offre tout naturellement à nous pour les renseignements que nous cherchons. Sa proximité géographique, sa similitude de mœurs et de lois permettent une plus complète assimilation ; l'exemple d'une réforme opérée depuis

près d'un demi-siècle et avec succès doit nous engager à emprunter à nos voisins les mesures qu'ils ont édictées pour la protection des incapables.

D'ailleurs ce n'est pas un emprunt à proprement parler, car la Belgique a largement profité des enseignements de notre Code civil à l'époque où il constituait un véritable progrès sur les lois de l'Europe entière ; et elle a de plus suivi et utilisé l'enquête faite chez nous en 1844 et les discussions qui s'engagèrent sur les projets soumis à l'Assemblée législative en 1850.

Nous allons donc étudier les mesures destinées à spécialiser et à rendre publique l'hypothèque légale des incapables.

Les deux projets du Gouvernement et de la commission extra-parlementaire du cadastre contiennent un ensemble de règles tendant à ce but ; il nous faut les analyser, les comparer et les commenter.

Nous diviserons cet examen en cinq paragraphes :

I. — Hypothèque légale de la femme mariée.

II. — Hypothèque légale des mineurs et des interdits.

III. — Cautionnement à fournir par le mari ou le tuteur en remplacement de l'hypothèque légale.

IV. — Garanties à fournir au mineur placé sous l'administration légale de son père.

V. — Renouvellement et péremption des inscriptions de l'hypothèque légale.

Rappelons comme disposition préliminaire et obser-

vation commune aux hypothèques des femmes mariées, des mineurs et des interdits, que toute hypothèque ne doit avoir d'effet que par son inscription, et que cette inscription ne peut être prise que pour une somme et sur des immeubles déterminés. C'est le point de départ fondamental de la réforme.

§ 1. — Hypothèque légale de la femme mariée.

Nous aurons à résoudre les questions suivantes :

A. — Détermination et inscription de l'hypothèque quand le mariage a été précédé d'un contrat.

B. — Détermination et inscription durant le mariage.

C. — Détermination et inscription quand il n'y a pas eu de contrat de mariage.

A

Lorsque les futurs époux ont fait un contrat de mariage, la détermination de l'hypothèque légale n'offre pas de difficulté sérieuse ; il suffit d'exiger que le contrat de mariage statue sur cette hypothèque. Le contrat est débattu librement entre les deux familles qui analysent avec le plus grand soin, et quelquefois une certaine âpreté, la dot, les apports et les chances d'avenir de chacun des contractants ; la femme n'a pas à redouter ici l'influence de son mari parce qu'elle est entourée de sa famille et de tous ceux dont la mission propre et spéciale est de sauvegarder ses intérêts ; on com-

prendrait difficilement qu'on voulût faire de la femme une incapable à l'avance puisqu'elle n'est pas encore mariée. On a dit aussi qu'il fallait éviter d'éveiller les susceptibilités du futur époux ; cette crainte nous paraît chimérique ; pour notre part, nous sommes convaincu que la transformation économique des fortunes, l'abaissement progressif du rapport de l'argent et la nécessité de s'assurer une vie facile et à l'abri de toute surprise ont fait passer au premier plan des préoccupations qui, pour être très respectables, n'en ont pas moins considérablement influencé les conclusions du mariage moderne trop souvent considéré comme une affaire ; et nous croyons qu'il n'y a pas lieu de s'inquiéter autrement de l'effet que produiront des mesures destinées à assurer aux époux la sauvegarde de leurs intérêts que ne protègent plus suffisamment l'affection et le désintéressement.

Ainsi donc la détermination des immeubles soumis à l'hypothèque légale se fera dans le contrat de mariage sur la déclaration de la future épouse qui indiquera pour quelles sommes, pour quelles causes et sur quels immeubles cette hypothèque sera inscrite. Si la femme ne croit pas devoir faire inscrire immédiatement son hypothèque, sa réponse négative sera mentionnée dans le contrat, mais elle ne devra jamais être interprétée comme une renonciation à son droit de prendre inscription dans l'avenir ; car il importe au plus haut point de lui réserver ses droits en lui interdisant toute renon-

ciation complète dès le début de son mariage ; il y aurait lieu de craindre que cette clause ne devînt de style ; et d'autre part, les circonstances qui ont déterminé la femme pouvant changer, ses reprises s'accroître, l'administration de son mari inspirer quelques inquiétudes, ce serait une grave imprudence de lui permettre de renoncer à l'avance à toute garantie.

L'inscription peut être différée, mais le droit de la prendre reste intact.

Les deux projets du Gouvernement et de la commission du cadastre s'accordent sur ce premier point, mais se séparent immédiatement sur les mesures à prendre pour assurer cette inscription.

Nous avons vu que le Code civil, tout en dispensant l'hypothèque de toute inscription, avait cependant manifesté le désir que cette hypothèque fût inscrite dans l'intérêt des tiers et avait indiqué certaines personnes pour prendre cette inscription ; nous avons constaté que ces dispositions étaient restées lettre morte et que notamment l'intervention du procureur de la République avait été en quelque sorte supprimée par la circulaire du Grand Juge en 1808.

Il faut donc chercher le procédé certain pour assurer la prise de l'inscription. Nous ne saurions avoir ici la moindre hésitation ; nous croyons que c'est au notaire qui a rédigé le contrat de mariage qu'il faut d'abord imposer l'obligation d'inscrire l'hypothèque spécialisée. Le mari est nécessairement suspect, la femme

souvent négligente ; en laissant le soin d'inscrire à l'un ou à l'autre, il y aurait de grandes chances que le vœu de la loi ne fût pas obéi. L'intervention de l'officier public est beaucoup plus sûre en raison même de sa responsabilité qui se trouve engagée.

La commission du cadastre charge le notaire de cette formalité et lui impose de l'accomplir dans un délai de huitaine de la réception du contrat.

Dans le projet du Gouvernement, au contraire, nous ne trouvons pas la même obligation ; il déclare seulement que le notaire doit prévenir les parties que l'hypothèque n'a d'effet que par l'inscription et demande que mention de cet avertissement soit faite dans le contrat ; c'est une lacune très regrettable et, pour notre part, nous considérons que l'intervention du notaire peut seule assurer l'inscription.

Cette inscription effectuée par le notaire, produit effet à sa date tant pour les créances résultant des conventions matrimoniales que pour les créances futures, le tout jusqu'à concurrence de la somme pour laquelle elles auront été évaluées.

Prévoyant le cas où le mariage ne s'accomplirait pas, le projet du Gouvernement décide que l'inscription sera rayée sur la représentation soit d'un acte notarié contenant résiliation des conventions matrimoniales, soit d'un jugement rendu sur simple requête par le tribunal du domicile de la partie défenderesse en chambre du conseil.

L'avant-projet de la commission ne contient pas de disposition à cet égard, mais dans le rapport sur l'hypothèque légale de M. Challamel, il est dit qu'une semblable mesure est nécessaire pour obtenir promptement et à peu de frais, la radiation de l'inscription devenue sans objet, et le rapporteur propose de reprendre l'article 2144 du projet de loi de 1850 qui est passé d'ailleurs à peu près littéralement dans le projet actuel du Gouvernement (1).

## B

Voyons maintenant comment se fera la détermination de l'hypothèque légale au cours du mariage.

Le projet du Gouvernement dans son article 20 pose le principe suivant : « Toute inscription qui pourrait  
« devenir nécessaire pendant le mariage sera prise par  
« le mari ou la femme elle-même, sans aucune autori-  
« sation, sur des immeubles et pour des sommes déter-  
« minés. »

Cet article très bref nous paraît incomplet. D'abord s'il pose le principe il n'en distingue pas les applications très diverses qui peuvent être faites ; ensuite il néglige d'assurer par une sanction sérieuse la prise de l'inscription.

À cet égard, l'avant-projet de la commission nous semble infiniment supérieur en prévoyant les événe-

(1) Rapport de M. Challamel, sur les hypothèques légales, *Procès-verbaux de la commission du cadastre*, 3<sup>e</sup> fascicule, p. 117.

ments qui pourront nécessiter de nouvelles garanties et en assurant l'inscription.

Toutes les fois que les époux passeront devant notaire un acte d'où résulte une cause de créance de la femme contre son mari, le notaire devra soulever d'office la question de l'inscription de l'hypothèque légale, et s'il a conscience que les intérêts de la femme courent quelque danger il devra lui faire toutes les représentations convenables.

Tel est le principe de l'article 6, § 1, que nous transcrivons : « S'il est rédigé un acte notarié qui constate  
« l'aliénation ou l'acquisition par la femme, attribu-  
« tion à son profit par voie de partage ou autrement,  
« de biens mobiliers ou immobiliers, quittances de  
« deniers propres, obligation ou renonciation à un droit  
« dans l'intérêt du mari, même au profit d'un tiers, le  
« notaire doit interpellier la femme de déclarer si elle  
« entend que son hypothèque soit inscrite pour la ga-  
« rantie des droits qui peuvent en résulter, sur quels  
« immeubles et pour quelles sommes. »

D'où deux conditions nécessaires pour que l'interpellation du notaire ait lieu :

1° Que la femme soit présente à l'acte ;

2° Que cet acte soit compris dans la liste limitative de l'article ; cette restriction était utile pour limiter la responsabilité du notaire.

Son intervention, déjà très bonne au moment où le contrat de mariage est rédigé, est ici plus nécessaire

encore, parce que la femme est sous l'influence directe de son mari et a besoin d'être éclairée et conseillée par l'officier public qui lui représentera l'utilité de l'inscription ; ainsi protégée, elle craindra moins de veiller à la conservation de ses droits et de faire valoir son hypothèque.

On a souvent proposé de décider que les actes importants concernant le patrimoine de la femme seraient nécessairement reçus dans la forme authentique ; cette mesure aurait peut-être de bons effets, mais elle présenterait de si graves inconvénients qu'il est impossible de l'accepter ; elle aggraverait en effet la condition d'incapacité de la femme et lui occasionnerait des frais souvent inutiles et toujours considérables, il vaut mieux demander aux notaires leur intervention alors seulement que leur ministère aura été requis.

L'inscription en raison des droits de la femme résultant de l'un des actes mentionnés est prise par le notaire dans la huitaine de l'acte, même quand celui-ci est sujet à l'homologation de la justice, sauf à la faire rayer ou modifier par les parties intéressées, s'il y a lieu, en conformité du jugement d'homologation.

Les diverses obligations imposées aux notaires sont rigoureusement sanctionnées par une amende, sans préjudice de tous dommages-intérêts envers les parties.

Mais il peut se faire qu'il n'ait pas été rédigé d'acte notarié ; dans ce cas on ne peut plus songer à mettre en mouvement le notaire,

On a d'abord pensé qu'il y aurait lieu de faire intervenir la justice pour déterminer l'hypothèque de la femme. C'est la solution de la loi belge de 1851.

Mais après examen approfondi de la question, le comité d'études et de rédaction a proposé à la commission de dispenser la femme de toute autorisation et a rédigé en ce sens l'article 4 de l'avant-projet.

« Au cours du mariage, et nonobstant convention  
« contraire, la femme peut, sans aucune autorisation,  
« requérir inscription savoir :

« 1° A raison de sa dot et de ses conventions matri-  
« moniales à compter du jour du mariage ;

« 2° A raison des successions qui lui sont échues ou  
« des donations qui lui sont faites à compter de l'ouver-  
« ture des successions ou du jour que les donations ont  
« eu leur effet ;

« 3° Pour l'indemnité des dettes qu'elle a contractées  
« avec son mari et pour le emploi de ses propres alié-  
« nés à compter du jour de l'obligation ou de la vente. »

Cet article reproduit toutes les distinctions écrites dans l'article 2135 du Code civil et ne permet ainsi de prendre inscription que pour la garantie d'une créance actuelle ; cette précaution est destinée à empêcher la femme de prendre des inscriptions trop nombreuses. On a fait observer qu'elle pourrait peut-être aussi en prendre pour une somme trop élevée qui priverait ainsi le mari de tout crédit. Nous ne pensons pas qu'il y ait là un réel danger, d'autant mieux que le mari conserve

toujours le droit de demander la restriction d'une inscription excessive et n'a qu'à appliquer les règles simples de l'article 8 que nous verrons bientôt.

Nous craignons au contraire que la femme n'use pas assez souvent de la garantie que la loi met à sa disposition et qu'elle ne se laisse ruiner pour ainsi dire sans le savoir par sa faiblesse ou sa timidité ; toutefois nous devons reconnaître que dans le cas où la femme s'oblige pour son mari ou avec lui par acte sous seing privé, et cela se présentera souvent, c'est un fait qui, s'il donne lieu à l'hypothèque de la femme, est de telle nature qu'il est bien difficile de songer à faire intervenir ici la justice ou les tiers, parce que la femme est en définitive seule juge des sacrifices qu'elle croit devoir faire pour l'intérêt ou l'honneur de son mari.

Par conséquent la femme, suivant les circonstances, pourra toujours déterminer le montant de l'inscription devant frapper les biens du mari pendant le mariage. A cette faculté il n'existe qu'une seule restriction, que formule l'article 3 dans son paragraphe 1<sup>er</sup> quand il décide que la femme ne peut pas renoncer au droit de prendre inscription, ni en limiter par avance l'étendue, mais peut seulement dans son contrat de mariage en consentir la restriction à certains immeubles. Si une telle restriction a été expressément faite dans le contrat, la femme est liée pour l'avenir et ne peut plus prendre d'inscription supplémentaire que si les immeubles sur lesquels repose cette inscription viennent à subir un

dépérissement notable, ou si l'inscription a cessé d'avoir effet à son profit. Une nouvelle inscription ne peut être prise qu'avec le consentement du mari ou en vertu de l'autorisation de la chambre du conseil.

Le principe posé par l'article 2140 du Code civil a été maintenu, mais la commission a supprimé la différence faite précédemment à raison de la majorité ou de la minorité des futurs époux ; cette convention de restriction peut être aussi bien passée par les mineurs que par les majeurs pourvu qu'ils aient l'assistance de ceux dont le consentement est nécessaire à la validité de leur mariage.

### C

S'il n'a pas été fait de contrat de mariage nous retombons dans l'hypothèse précédente, car toutes les fois que les époux ont quelque fortune ou en attendent, ils font un contrat. Si donc pendant le mariage un chef de créance vient à s'ouvrir au profit de la femme, elle requerra inscription comme nous venons de l'expliquer ; elle a toujours titre légal pour inscrire son hypothèque ; naturellement celle-ci ne vaudra qu'à la condition d'avoir été spécialisée et déterminée quant à la somme et quant à l'objet.

On a proposé, dans cette hypothèse, de faire prendre d'office une inscription sur les biens du mari par le tribunal de première instance. Celui-ci, avisé par l'envoi que ferait au greffe le secrétaire de la mairie, de la déclaration prescrite par la loi du 10 juillet 1850, déterminerait l'hypothèque et la ferait inscrire.

Nous avons repoussé, pour notre part, cette opinion et nous croyons qu'il n'y a pas lieu de faire intervenir d'office la justice.

L'avant-projet de la commission, pour l'hypothèse d'un mariage sans contrat préalable, applique l'article 4 que nous avons déjà vu ; quant au projet du Gouvernement, nous avons dit que pour ce cas comme pour celui d'inscriptions nécessaires pendant le mariage, il avait posé le principe sans entrer dans aucune explication. Nous ne pouvons que répéter que nous considérons qu'il y a là une lacune fâcheuse, et nous accordons hautement la préférence aux dispositions de la commission.

Nous venons de voir comment l'hypothèque légale, préalablement spécialisée, devait être inscrite par les soins du notaire ou de la femme.

Dans tous les cas où celle-ci peut requérir cette inscription, le même droit appartient incontestablement à son mari. Celui-ci, n'ayant plus à craindre, comme sous l'empire de la loi actuelle, que son crédit soit atteint par une hypothèque générale sera plus disposé à prendre une inscription restreinte sur ses immeubles. Toutefois il ne faut pas se dissimuler qu'il arrivera quelquefois que le mari restera dans l'inaction, et alors il convient de se demander s'il faut associer la famille et le ministère public à cette manifestation de l'hypothèque.

En ce qui concerne la famille, les deux projets recon-

naissent ce droit à certaines personnes que nous allons déterminer, et subordonnent l'exercice de ce droit à l'autorisation préalable du président du tribunal du domicile du mari.

Cette intervention de la justice nous paraît juste ; le désir des proches parents d'assurer des garanties à la femme quand celle-ci hésite à en prendre par indifférence ou crainte de son mari est fort légitime ; mais cette immixtion peut être indiscrete ou aller même à l'encontre des intérêts de la femme. Dans ce cas il est certain que la justice remplira un rôle très utile en vérifiant le bien fondé de la requête à fin d'inscription.

Le projet du Gouvernement accorde le droit de requête aux parents et alliés de la femme en ligne directe et en ligne collatérale au degré de frère, sœur, oncle ou tante.

Nous croyons qu'il serait bon d'élargir le cercle des personnes autorisées à prendre inscription, et d'accorder le même droit aux parents et alliés des deux époux ainsi qu'aux créanciers de la femme.

Contre l'intervention de ces derniers, on a élevé une grave objection en montrant combien ce droit pourrait devenir dangereux et fournir une arme très redoutable dans les mains de certaines personnes peu scrupuleuses ou mal intentionnées qui en profiteraient pour susciter entre les époux les plus grands dissentiments. Il y a une part de vérité dans ce reproche, mais l'inconvénient de cette mesure nous paraît très atténué par les

précautions prises pour n'accorder qu'une intervention nécessaire et légitime. Les créanciers n'auront le droit de requérir inscription qu'en vertu d'un jugement rendu par la chambre du conseil quand la dot est mise en péril et qu'il y a lieu de craindre pour le recouvrement des droits et reprises qui pourraient actuellement faire l'objet d'une inscription ; et pour obtenir ce droit ils devront agir par voie contentieuse, mettre en cause le mari et prouver que les droits qu'ils veulent protéger sont véritablement en péril.

Avec ces garanties et ces restrictions apportées à l'action des créanciers, le danger se trouve conjuré.

Les résolutions que nous venons d'indiquer sont celles que propose la commission ; nous pensons qu'elles se justifient pleinement par ce fait, qu'en subordonnant l'effet de l'hypothèque légale à la formalité de l'inscription, on demande à la femme une manifestation de volonté dont elle n'aura pas toujours le courage et qu'il est prudent de requérir l'intervention de ceux qui ont un intérêt d'affection ou d'argent à ce que ses droits soient sauvegardés, alors surtout que l'utilité de cette intervention est au préalable soumise à l'appréciation et à l'autorisation de la justice.

Faut-il en outre demander au ministère public de déterminer l'hypothèque légale et de la faire inscrire d'office quand la femme, le mari, les parents ou les créanciers auront négligé de le faire ?

Les deux projets, en gardant sur ce point un silence

certainement calculé, ont résolu la question dans le sens de la négative. Nous approuvons complètement cette manière de voir.

L'expérience faite au début de ce siècle de l'immixtion des procureurs de la République, n'est pas de nature à nous inciter à nouveau dans cette voie ; les quelques avantages que présente cette mesure sont contrebalancés par des inconvénients beaucoup plus grands ; exceptionnellement, cette intervention sera conforme aux véritables intérêts de la femme et seulement quand le procureur de la République tiendra ses renseignements de la femme, de ses parents ou de ses créanciers.

Dès lors, cette détermination et cette inscription peuvent être faites par ceux-là même qui s'adresseront à lui ; dans tous les autres cas, il hésitera à se mêler d'affaires où il risquerait d'agir à l'aveugle et il continuera à s'abstenir comme le lui recommandent les circulaires ministérielles.

Nous avons vu que la femme peut, pendant le mariage, évaluer à son gré le montant des créances qu'elle entend garantir par une inscription. Cette faculté qui lui est accordée pour lui permettre de ne pas souffrir de la mauvaise gestion de son mari, peut offrir un danger si la femme prend des inscriptions disproportionnées avec le montant de ses droits. Aussi il est nécessaire d'édicter des mesures accordant au mari la facilité de ramener promptement et facilement à de justes li-

mites les inscriptions excessives qui peuvent entraver son crédit.

Le projet du Gouvernement, dans son article 28 et l'avant-projet de la commission dans son article 8 présentent le correctif nécessaire au libre pouvoir de la femme. Ils décident que lorsque les inscriptions sont manifestement excessives, la restriction ou la réduction peut être ordonnée par le tribunal statuant en la chambre du conseil, il est alors procédé conformément aux articles 861 et 862 du Code de procédure civile et le jugement est susceptible d'appel.

La rédaction de ces articles montre que les tribunaux devront toujours agir avec une grande réserve et n'autoriser la réduction et la restriction qu'en cas d'excès manifeste. Il vaut mieux tolérer une inscription un peu forte que de compromettre le droit de la femme par une mesure insuffisante.

Le droit actuel de la femme de subroger un tiers dans son hypothèque légale ne reçoit pas de modifications ; le projet du Gouvernement reproduit les dispositions de la loi du 23 mars 1855 et de celle du 13 février 1889 et ajoute, dans son article 23, que sous quelque régime qu'elle soit mariée, la femme peut consentir antérieurement à son hypothèque légale quand il s'agit de constructions ou de réparations ayant pour but de conserver ou d'améliorer les immeubles grevés.

Celui de la commission s'en tient à la législation en vigueur et a repoussé une proposition faite par l'un de

ses membres de décider que la femme ne peut renoncer aux sûretés que la loi lui accorde, ni les céder ou y subroger sans avoir obtenu au préalable l'autorisation de la justice ; la commission a pensé que cette réforme qui pourrait prendre place dans une révision complète de notre Code n'était pas indispensable à l'organisation du régime hypothécaire, et que le droit commun protégeait suffisamment les droits de la femme.

Nous n'insistons pas autrement sur ce point qui sort du cadre que nous nous sommes tracé.

§ 2. — **Hypothèque légale des mineurs et des interdits.**

L'institution de la tutelle, telle qu'elle a été établie par le Code civil, a suscité de vives critiques et dans une refonte complète de nos lois civiles subirait certainement de profondes transformations.

Il est évident que la protection accordée aux mineurs et aux interdits est entourée de formalités si longues et si coûteuses qu'il y aurait tout à gagner à la simplification d'un mécanisme trop compliqué ; d'autre part, il y aurait beaucoup à dire sur les frais énormes que nécessite la conservation des biens des mineurs qui, dans les successions minimales, sont absorbés en presque totalité, quand ils ne sont pas insuffisants, par le règlement d'une procédure exagérée.

Cette observation préliminaire faite il convient, sans vouloir transformer la tutelle, de faire appel aux divers éléments qui la composent et d'étendre leurs pouvoirs

en vue de procurer aux mineurs et aux interdits des sûretés nécessaires, tout en cherchant à établir un régime moins rigoureux et plus simple que celui qui les régit actuellement.

L'établissement d'un dossier des tutelles, semblable à celui que nous avons rencontré dans la loi belge, et qu'avait prévu le projet du Gouvernement de 1850, nous apparaît destiné à rendre de grands services, et nous croyons que ce système, en permettant de faire contrôler régulièrement par le juge de paix et le procureur de la République la situation juridique des pupilles, fournirait une garantie efficace de la gestion des tuteurs et permettrait ainsi le groupement de tous les documents concernant la fortune des mineurs.

A côté de ce premier moyen, il faut accorder au juge de paix un rôle plus étendu et plus actif dans la surveillance et la direction de la tutelle ; il faut aussi augmenter les attributions du conseil de famille et faire intervenir plus souvent le subrogé tuteur.

Voyons comment devra être déterminée l'hypothèque légale des mineurs.

A l'ouverture de toute tutelle légale, testamentaire ou dative, le conseil de famille devra être convoqué pour faire cette détermination.

Si la tutelle existe de plein droit, la réunion du conseil de famille est indispensable parce que le tuteur peut être déjà en possession des biens du mineur. Il faut donc imposer au tuteur légal ou testamentaire l'o-

bligation de requérir la convocation ; et pour assurer cette prescription il convient d'établir une sanction sévère qui sera la destitution, et pour le père ou la mère ayant droit à la jouissance légale, la perte de cette jouissance.

Quand il n'y a pas de tuteur légal ou testamentaire, on applique l'article 406 du Code civil sur la convocation du conseil de famille qui est faite soit d'office par le juge de paix, soit à la réquisition des parents du mineur ou de toute autre personne intéressée.

Le conseil de famille une fois réuni délibère immédiatement sur l'hypothèque qui doit grever les biens du tuteur et fait la détermination eu égard à la fortune du mineur, à la nature des biens dont elle se compose et aux éventualités de la gestion du tuteur.

Le projet de loi du Gouvernement pose le principe que le conseil de famille désignera les immeubles sur lesquels devra porter l'hypothèque et fixera la somme pour laquelle l'inscription sera prise ; mais il s'abstient de toute explication complémentaire, ne prévoit aucune des différentes hypothèses qui peuvent se présenter et ne prescrit aucune sanction.

C'est manifestement insuffisant pour assurer au mineur une garantie sérieuse. C'est donc à l'avant-projet de la commission du cadastre que nous devons recourir pour trouver les mesures prévoyantes qu'il faut édicter.

Celui-ci décide d'abord que la délibération à inter-

venir pour spécialiser l'hypothèque sera motivée ; cette disposition, empruntée à la loi belge, nous paraît excellente pour les mêmes motifs que ceux précédemment indiqués.

Il prévoit aussi un cas qui semble devoir se présenter fréquemment et le résout très heureusement. La fortune du mineur n'est généralement déterminée qu'à la suite de l'inventaire auquel on procède postérieurement à l'entrée en fonctions du tuteur puisque le mineur doit y être représenté ; mais comme il est urgent d'inscrire au plus vite l'hypothèque, l'article 10 de l'avant-projet décide qu'une évaluation provisoire sera faite des biens échus au pupille et non liquidés. Une fois les droits du mineur définitivement fixés, le conseil de famille pourra modifier par une nouvelle délibération, l'assiette ou le chiffre de la garantie primitivement indiqués.

Enfin, le même article, pour le cas où la réunion du conseil de famille peut entraîner un retard préjudiciable aux intérêts du mineur, permet au juge de paix de déterminer l'hypothèque par une ordonnance qui n'aura ici qu'un caractère conservatoire, puisque le conseil de famille fixera définitivement les biens grevés et la somme pour laquelle garantie sera prise dans sa première réunion où il aura à statuer sur la question.

Toutes ces dispositions sont excellentes et témoignent d'un véritable souci d'assurer au mineur une protection efficace.

Le projet du Gouvernement, dans son article 26,

permet au conseil de famille, par une délibération motivée, prise à la majorité des voix avec avis favorable du juge de paix et susceptible d'opposition de la part de tout membre du conseil de famille, de dispenser de l'inscription ou de l'y déclarer qu'il y sera sursis.

Dans l'avant-projet de la commission nous trouvons la même faculté de surseoir à l'inscription, sauf révocation par une nouvelle délibération du conseil ; mais l'article 11 refuse d'affranchir le tuteur de toute inscription si ce n'est à la condition qu'il fournisse un cautionnement.

Nous avons déjà eu l'occasion de critiquer cette faculté laissée au conseil de famille de surseoir à l'inscription ; nous ne pouvons que répéter ici qu'il y a lieu de craindre que le conseil de famille ne revienne pas sur sa première délibération et que l'inscription ne soit jamais prise (1).

L'hypothèque étant spécialisée comme nous venons de le montrer, il faut maintenant assurer son inscription. De nouveau nous retrouvons entre les deux projets la même divergence de vues que nous avons signalée pour l'hypothèque légale de la femme mariée ; et pour les mêmes raisons nous accordons la préférence au système qui fait intervenir l'officier public qui sera ici le greffier de la justice de paix.

(1) Nous n'insistons pas sur la question du cautionnement que prévoit aussi le projet du Gouvernement, nous réservant de l'examiner plus tard.

Le projet du Gouvernement s'en remet au tuteur du soin de prendre l'inscription dans le mois de la délibération ayant statué sur l'hypothèque, et charge le subrogé tuteur, sous sa responsabilité de veiller à l'accomplissement de cette formalité ; cette solution est mauvaise à notre avis et de plus, étant dépourvue de sanction suffisante, n'assure pas nécessairement l'exécution de la loi.

Au contraire, l'avant-projet de la commission fait appel au greffier de la justice de paix et lui donne mission de prendre l'inscription dans un délai de huitaine de la délibération du conseil de famille ou de l'ordonnance du juge ; cette obligation est rigoureuse et sanctionnée par une amende de cent francs sans préjudice de tous dommages-intérêts que le pupille peut réclamer si l'omission de la formalité dans le délai prescrit lui a occasionné un préjudice.

Nous avons vu que dans son rapport le Conseil d'Etat reprochait au projet de 1850, dont la disposition a été reproduite ici, d'imposer aux greffiers des devoirs et des responsabilités trop lourdes et hors de proportion avec l'état de leurs fonctions ; cette objection est juste, et il est certain qu'il conviendrait d'allouer aux greffiers des honoraires pour l'exécution des nouvelles obligations qu'on leur impose.

A côté du greffier, l'article 14 de l'avant-projet place le tuteur et le subrogé tuteur, qui sont tenus de veiller à l'accomplissement de la formalité et de requérir eux-mêmes l'inscription s'il est nécessaire.

Le même article décide qu'un certificat d'inscription, visé par le juge de paix, doit être remis au tuteur qui sera passible de la destitution et privé de la jouissance légale, s'il y a droit comme père ou mère, s'il commence sa gestion avant la délivrance de cette pièce.

Enfin, quand toutes les prescriptions légales n'ont pas été observées, le tuteur et le subrogé tuteur sont solidairement responsables du préjudice causé au pupille.

Au prix de ces conditions et de ces sanctions sévères il y a lieu d'espérer que l'hypothèque sera inscrite aussitôt après avoir été déterminée.

Une dernière objection a été formulée dans cet ordre d'idées. On s'est demandé comment le conseil de famille obtiendrait des renseignements sur la fortune immobilière du tuteur.

On peut répondre que dans la plupart des cas, et particulièrement à la campagne, les parents qui composent le conseil de famille connaissent la situation du tuteur, d'autre part le juge de paix qui préside le conseil, et est de droit le protecteur des mineurs et des interdits, peut prendre toutes les informations qu'il jugera utiles pour savoir la situation des immeubles du tuteur si celui-ci essaie de la dissimuler. A cet effet les maires, les percepteurs et les conservateurs des hypothèques pourront fournir des renseignements et indiquer les différents endroits où le tuteur est propriétaire.

La loi d'Alsace-Lorraine du 24 juillet 1889, dans la

même hypothèse, impose l'obligation aux maires de fournir au tribunal du canton toutes les indications nécessaires sur la fortune immobilière des tuteurs dans leurs communes.

L'hypothèque déterminée et inscrite au début de la tutelle peut devenir insuffisante s'il échoit de nouveaux biens au mineur au cours de la tutelle ; en outre, le tuteur peut acquérir des immeubles sur lesquels il y ait lieu de faire porter l'hypothèque qui n'aurait pu frapper, au début, que des biens d'une valeur moindre.

Il est donc utile que le conseil de famille soit appelé à délibérer sur la question, d'autant mieux que la loi du 27 février 1880 qui impose au tuteur l'obligation d'employer les capitaux qu'il reçoit lui accorde un délai de trois mois pour faire cet emploi, dont le tuteur peut profiter pour se livrer à des opérations ou à des spéculations dangereuses pour le pupille.

Nous retrouvons ici dans le projet du Gouvernement une disposition analogue à celle que nous avons rencontrée et critiquée pour l'hypothèque légale de la femme mariée ; il décide en effet, d'une manière générale, que dans le cas où les garanties données au mineur ou à l'interdit seraient devenues insuffisantes, le conseil de famille peut exiger l'extension de l'hypothèque à d'autres immeubles.

Nous préférons encore ici les prescriptions plus complètes et plus efficaces de l'avant-projet de la commission du cadastre.

Celui-ci décide que le conseil de famille, quand il y aura lieu de prendre des inscriptions complémentaires, sera réuni à la diligence du tuteur ou du subrogé tuteur, ou sur la convocation d'office du juge de paix ; en cas d'urgence ce dernier pourra procéder par voie d'ordonnance.

L'intervention du juge de paix sera ici très fréquente et d'autant plus profitable qu'il arrive souvent que les membres du conseil de famille hésitent à prendre la responsabilité de mesures nécessaires dans un sentiment de crainte ou de déférence envers le tuteur ; il leur suffira, dès lors, d'avertir le juge de paix qui agira au mieux des intérêts du pupille.

D'autre part, l'article 13 prescrit au notaire recevant un acte duquel il résulte que de nouveaux droits ou valeurs sont échus au mineur ou à l'interdit, d'avertir sans délai le juge de paix du lieu de la tutelle et de lui faire parvenir, sous pli recommandé, un extrait de l'acte sur papier libre et sans frais ; cet envoi est mentionné en marge de la minute et sanctionné pour le notaire contrevenant par une amende de cent francs sans préjudice de tous dommages et intérêts. Sur cette indication le juge de paix prendra les mesures que les circonstances lui paraîtront réclamer.

Enfin l'avant-projet autorise les créanciers du pupille à provoquer la réunion du conseil de famille, mais leur impose de faire cette convocation à leurs frais pour éviter tous abus et ajoute que si leur intervention est

justifiée, le conseil de famille pourra décider que ces frais seront employés en frais de tutelle.

Contrairement à ce que nous avons dit dans une hypothèse voisine pour la femme mariée, nous pensons qu'ici il serait préférable de s'en remettre à l'initiative de la famille et à la sollicitude du juge de paix, et qu'il est dangereux de recourir aux tiers et de leur accorder un droit aussi exorbitant.

L'article 15 de l'avant-projet, s'inspirant de l'article 51 de la loi belge, décide que les délibérations du conseil de famille déterminant l'hypothèque légale peuvent être, dans le délai d'un mois, déferées au tribunal, statuant en la chambre du conseil, soit par le tuteur, soit par le subrogé tuteur, ou par un des membres du conseil de famille. Ce recours, qui n'est jamais suspensif, doit être formé contre le subrogé tuteur s'il tend à faire réduire les garanties fixées par le conseil de famille et contre le tuteur s'il a pour but de les faire augmenter. Au cas où la délibération est modifiée, le bordereau d'inscription ou de radiation est transmis au bureau du conservateur des hypothèques par le greffier du tribunal ou de la Cour dans la huitaine du jugement ou de l'arrêt.

Le projet du Gouvernement n'a pas organisé cette voie de recours, que nous croyons utile, autant pour le pupille qu'elle protège mieux que pour le tuteur dont les biens ne seront engagés qu'à bon escient.

Les deux projets accordent le droit au tuteur de de-

mander au conseil de famille de réduire les inscriptions qui seraient devenues manifestement excessives ; le cas fréquent d'application de cette mesure sera celui où des capitaux qui se trouvaient entre les mains du tuteur auront fait l'objet d'un emploi ; suivant le projet du Gouvernement, la délibération qui intervient sur cette demande doit être motivée et prise à la majorité des voix avec avis favorable du juge de paix ; l'avant-projet exige en plus l'homologation du tribunal s'il n'y a pas eu unanimité.

L'avant-projet a pris une disposition spéciale pour assurer l'hypothèque accordée aux personnes placées dans un établissement d'aliénés ; nous avons vu que la loi de 1838 avait institué pour ces personnes une hypothèque d'une espèce particulière puisqu'elle n'existe que par décision spéciale du juge et dans la mesure qu'il prescrit.

L'article 19 décide donc que tout jugement nommant un administrateur aux biens d'une personne placée dans un établissement d'aliénés, peut ordonner qu'il sera pris inscription d'hypothèque sur tout ou partie de ses immeubles jusqu'à concurrence d'une somme déterminée, la détermination résultera donc du jugement ; quant à l'inscription elle sera prise dans la huitaine du jugement à la diligence du greffier du tribunal. L'innovation consiste ici à charger le greffier du soin de prendre l'inscription qui était précédemment à la charge du procureur de la République, et à ramener à huit jours le délai qui avait été fixé à quinzaine.

La même disposition sera applicable pour les tuteurs institués par la loi du 24 juillet 1889 en cas de déchéance de la puissance paternelle.

Le projet du Gouvernement ne prévoit rien à cet égard.

Enfin dans l'article 20, l'avant-projet réunit toutes les sanctions mises à l'accomplissement des différentes missions confiées aux officiers publics et aux obligations imposées aux tuteurs et aux subrogés tuteurs ; nous les avons déjà rencontrées et nous les résumons ici.

Une amende de cent francs, sans préjudice de tous dommages-intérêts envers les parties, frappe les notaires qui n'ont pas requis l'inscription, mentionné l'interpellation dont ils sont tenus ou fait les envois prescrits aux juges de paix ; la même amende est applicable aux greffiers des justices de paix, des tribunaux ou des Cours d'appel s'ils n'ont pas requis l'inscription.

Le tuteur qui a négligé de requérir la réunion du conseil de famille au début de la tutelle, ou qui s'est ingéré dans la gestion avant la délivrance du certificat d'inscription, peut être destitué de la tutelle et privé de la jouissance légale s'il y a droit ; le tout sans préjudice des indemnités dues au pupille. Enfin, le subrogé tuteur est tenu solidairement avec le tuteur de toutes les condamnations prononcées contre lui.

Ces sanctions sévères étaient indispensables ; nous regrettons, comme nous l'avons déjà dit, que le projet

du Gouvernement n'ait pas cru devoir associer plus intimement les officiers publics aux formalités nécessaires pour prendre l'inscription, car nous sommes persuadés que seul, le système de la commission peut donner satisfaction complète et assurer une réforme digne de ce nom.

§ 3. — Cautionnement à fournir par le tuteur ou le mari en remplacement de l'hypothèque légale.

Nous avons réservé pour les examiner dans leur ensemble les mesures qu'il conviendrait de prendre pour assurer des garanties aux incapables quand l'hypothèque ne peut être prise utilement, ou quand elle cause une entrave trop considérable à ceux qui y sont soumis.

La situation respective de la fortune immobilière et de la fortune mobilière s'est transformée au cours de ce siècle ; à l'époque où le Code entra en vigueur, la fortune était presque entièrement immobilière. C'est ce qui explique les différences si profondes et si tranchées qu'on rencontre à chaque pas dans notre législation entre les dispositions concernant les meubles et celles concernant les immeubles.

Mais l'adage bien connu, *res mobilis res vilis*, exprime depuis longtemps une contre-vérité ; la richesse mobilière a pris depuis cent ans un développement considérable. Les chiffres ont ici leur éloquence : le rapport de la fortune mobilière et de la fortune immobilière

qui était vers 1800 de 1 à 7, est aujourd'hui de 12 à 5 ; les valeurs cotées à la bourse de Paris étaient au nombre de 7 ou 8 et sont maintenant 900 ; elles représentaient 200 à 300 millions qui se sont multipliés pour plus de 80 milliards (1).

Dès lors, il semble bien qu'il faille mettre la législation en harmonie avec les circonstances et les transformations économiques qui ont leur répercussion dans le milieu où s'agitent les intérêts des incapables.

Le tuteur peut donc n'avoir pas d'immeubles et posséder une fortune mobilière importante. Ne conviendrait-il pas alors de l'autoriser à fournir un cautionnement pour garantir sa gestion ?

Nous croyons qu'il ne peut y avoir doute sur ce point, et qu'il faut répondre affirmativement à la question. On ne voit pas quelles bonnes raisons on pourrait invoquer pour refuser un équivalent sérieux de l'hypothèque légale.

Nous venons de voir que les dispositions du Code ne sont plus en harmonie avec l'état économique actuel, et nous pensons que tout ce qu'on peut exiger, c'est un cautionnement suffisant composé de valeurs de tout repos et non susceptibles de fluctuations telles que le pupille ne puisse plus exercer sur elles un recours utile.

Mais une objection se dresse immédiatement : qui sera juge de la solidité des valeurs offertes en garantie par le tuteur ?

(1) Procès-verbaux de la commission extra-parlementaire du cadastre, fascicule 1, séance du 16 juillet 1891, p. 289.

Cette question divise les esprits, et dans la commission du cadastre comme au comité d'études et de rédaction, a donné lieu à un échange de vues différentes.

D'après une première opinion, il ne faudrait admettre que certaines valeurs déterminées par avance, telles que les rentes sur l'État ou les obligations de chemins de fer. Les partisans de cette limitation craignent que le tuteur ne propose des valeurs douteuses et que le conseil de famille ne les accepte par complaisance, indifférence ou même engouement momentané provoqué par ces valeurs ; et alors ils proposent de laisser au Conseil d'État le soin d'établir une liste de valeurs à présenter, qu'on pourrait réviser à période fixe ou quand les circonstances l'exigeraient.

La seconde opinion répond que le Conseil d'État ne voudra peut-être pas accepter de réglementer les valeurs à admettre ; car il est assez difficile de prévoir ce que, dans un avenir plus ou moins éloigné, deviendront les titres qui méritent à l'heure actuelle la plus grande confiance. D'autre part, il a semblé qu'une pareille mesure témoignerait une méfiance injustifiée envers les conseils de famille, composés en général de parents qui ont souci des intérêts du pupille ; de plus la présence du juge de paix est une sauvegarde contre les entraînements ou l'ignorance même des membres du conseil ; enfin les délibérations concernant les garanties fournies par le tuteur étant soumises au droit d'opposition, peuvent être déférées au tribunal civil. Ce sont

là des garanties qui permettent de dire que les droits du mineur seront aussi bien protégés ici par un cautionnement que par une hypothèque légale.

Une autre objection a été formulée contre la mesure que nous proposons.

On s'est demandé pourquoi on exigerait du tuteur qui n'a pas d'immeubles, une caution. La tutelle, a-t-on dit, est une charge déjà très onéreuse, bien qu'elle soit gratuite ; il ne faut pas la rendre plus lourde, sans quoi on s'expose à ne plus trouver de tuteurs.

Il n'est pas très difficile de répondre à cet argument. D'abord on suppose ici que le conseil de famille a choisi le tuteur à raison de son honorabilité ou de sa solvabilité, alors même qu'il n'avait pas d'immeubles pour asseoir l'hypothèque ; mais il n'y a pas que des tuteurs datifs ou même testamentaires ; il y a les tuteurs légitimes, et devant eux le conseil de famille est désarmé à moins de cas graves pouvant entraîner la destitution ; c'est ici qu'il convient le plus de donner toute garantie au mineur.

Nous avons vu d'autre part que les mesures prises contre le tuteur, loin d'aggraver sa situation au point de vue de sa fortune immobilière, la rend singulièrement meilleure puisque l'hypothèque générale grevant tous ses biens est maintenant remplacée par une hypothèque spéciale sur quelques immeubles et seulement pour une somme déterminée à raison de sa responsabilité ; il y a donc lieu de prendre pour ceux qui n'ont

qu'une fortune purement mobilière des précautions analogues à celles qui résultent de l'hypothèque légale ; et le cautionnement qui en sera ici l'équivalent ne rendra pas leur situation plus difficile et n'aura rien que de très légitime.

En résumé, quand le tuteur n'aura pas d'immeubles ou quand il aimera mieux les affranchir de l'hypothèque légale il devra présenter un cautionnement.

Le projet du gouvernement et l'avant-projet de la commission du cadastre sont d'accord sur ce point.

Le premier dans son article 28 dispose que le conseil de famille pourra imposer au tuteur un cautionnement à la réalisation duquel le subrogé tuteur sera tenu de veiller.

L'avant-projet prescrit les mêmes mesures, et ajoute que ce cautionnement devra être suffisant et fourni en espèces, rentes ou créances sur l'État français ou autres valeurs agréées par le conseil de famille.

Avant de passer à l'hypothèse d'un cautionnement à fournir par le mari, terminons par un vœu sur une modification à introduire dans l'organisation de la tutelle.

Nous croyons bon d'appeler l'attention du législateur sur une réforme qui nous paraît indispensable en raison des nouveaux pouvoirs beaucoup plus étendus et aussi plus délicats qui sont accordés aux membres des conseils de famille. Ceux-ci, dans la législation nouvelle, auront souvent à prendre de graves décisions relatives

à la détermination de l'hypothèque ou à la constitution d'un cautionnement. Dès lors la pratique actuelle doit disparaître.

Qu'arrive-t-il le plus souvent en effet ?

Le conseil de famille, recruté suivant les prescriptions de la loi, n'est souvent composé à peu près exclusivement que de clercs de notaire ou de clercs d'avoué munis de la procuration des membres du conseil. Sans vouloir mettre en doute l'intelligence, la bonne volonté et le soin qu'ils déploient dans l'accomplissement de leur mandat, il est certain qu'ils ne disposent pas toujours de l'autorité ou de l'influence nécessaires pour sa bonne exécution et qui ne manqueraient pas vraisemblablement à leurs mandants. Dès lors il semble bien qu'il y aurait lieu d'exiger que les membres du conseil de famille prissent personnellement part aux délibérations, et tout au moins à celles où il s'agit des garanties à fournir au pupille ; et pour cela qu'ils pussent être choisis parmi les personnes les plus rapprochées.

De cette manière on perfectionnerait l'instrument du conseil de famille qui fonctionnerait d'une façon plus satisfaisante.

Le Code n'a pas prévu l'hypothèse où le mari n'a qu'une fortune mobilière, et cependant quand elle se présente l'hypothèque légale n'est plus qu'un vain mot ; la dot de la femme se trouve en péril.

Déjà en 1841, la Faculté de droit de Paris avait de-

mandé que les maris fussent admis, suivant les circonstances, à suppléer l'hypothèque légale par une garantie personnelle.

On a proposé depuis d'étendre à la femme les mesures prévoyantes de la loi du 27 février 1880 pour les valeurs mobilières du mineur et de décider que les valeurs au porteur ou le numéraire échus à la femme mariée par voie de succession ou autrement devraient être consignés à partir d'une certaine somme, soit en vertu d'une clause expresse du contrat de mariage, soit par ordre de justice jusqu'au moment où le mari serait en mesure d'en faire emploi ou de fournir une garantie hypothécaire. Malheureusement cette prescription serait illusoire si son exécution ne dépendait que de la volonté du mari ; il faudrait alors recourir au ministère public et lui donner le droit d'agir d'office, dans l'intérêt de la femme pour provoquer les mesures nécessaires à la conservation de ses droits.

Pour notre part, nous redoutons un peu l'intervention trop fréquente de la justice dans les affaires d'ordre privé où elle peut être indiscrete et est de nature, en tout cas, à provoquer des conflits et des mésintelligences dans les familles.

Aussi nous préférierions qu'on décidât que l'hypothèque légale de la femme pourrait être remplacée en tout ou en partie par un cautionnement dont les conditions seraient déterminées soit par le contrat de mariage, soit par le tribunal du domicile du mari, sta-

tuant en la chambre du conseil sur simple requête présentée par les époux.

Le projet du Gouvernement dans son article 21 propose la solution que nous venons d'indiquer.

La Cour de cassation dans son avis qu'elle a été appelée à émettre sur la réforme projetée, approuve la disposition de l'article 21 et demande que certains détails soient précisés.

Ce cautionnement doit être, suivant elle, l'engagement en garantie de valeurs immatriculées avec mention d'affectation au profit de la femme qui, sous le régime dotal, ne pourrait en donner mainlevée. Cet arrangement réalisé avant le contrat de mariage serait sanctionné par ce contrat sans qu'il soit besoin d'aucune intervention de justice.

Au cours du mariage, la Cour de cassation demande que le consentement des deux époux soit exigé (c'est ce que nous-même avons réclamé), car le projet ne paraît pas suffisamment l'indiquer par les mots *simple requête*.

De plus, la Cour voudrait que le tribunal qui a autorisé la substitution du cautionnement à l'hypothèque légale fût appelé à constater sa réalisation puisqu'alors seulement les immeubles du mari pourraient être affranchis de l'hypothèque par un jugement.

Enfin elle désirerait que la loi s'expliquât sur les conditions du remploi dans le cas de remboursement forcé du montant des valeurs affectées au nantissement.

Ces mesures sont fort sages ; nous nous y associons pleinement et croyons que ce cautionnement qui permettrait au mari d'affranchir ses immeubles de l'hypothèque légale et de conserver intact son crédit, rendrait de grands services tout en procurant à la femme les garanties qu'elle est en droit d'exiger.

§ 4. — Garanties à fournir au mineur placé sous l'administration légale de son père.

Aux termes de l'article 389 du Code civil le père est, durant le mariage, administrateur des biens personnels de ses enfants mineurs, il est comptable quant à la propriété et aux revenus de biens dont il n'a pas la jouissance, et quant à la propriété seulement de ceux dont la loi lui donne l'usufruit.

Nous avons vu que la protection due au mineur placé en tutelle lui a fait attribuer une hypothèque légale sur les biens de son tuteur ; cette protection semble due au fils sur les biens de son père administrateur légal, car le motif est le même.

Cependant le Code ne reconnaît au fils aucune hypothèque, et l'article 2121 ne parle pas des enfants placés sous l'administration légale de leur père.

Quelle est donc la raison de cette différence de traitement ?

Avec le système d'une hypothèque occulte et générale qui a triomphé en 1804, il aurait fallu donner à cette nouvelle hypothèque rang et date à partir du mo-

ment où existe en puissance, l'administration légale, c'est-à-dire la naissance de l'enfant.

Une pareille solution était tellement inacceptable qu'on comprend que le législateur l'ait repoussée.

Aussi quand la question s'est posée devant les tribunaux, la jurisprudence pour refuser cette hypothèque au fils mineur s'est attachée à la lettre même de la loi ; elle a dit que celle-ci ne soumettait que le tuteur et le mari à cette hypothèque, qu'elle n'organisait aucun moyen de purger une semblable hypothèque sur les biens du père, et qu'elle avait ainsi manifesté très clairement son intention de la refuser au fils mineur (1).

Ces raisons peuvent être décisives pour l'interpréta-

(1) Rappelons toutefois que la Cour de Toulouse, appelée à se prononcer sur cette question a, par arrêt du 23 décembre 1818, jugé l'affirmative en ces termes :

« Attendu que le père est aux termes de l'article 389 du Code civil, administrateur des biens personnels de son fils mineur »... ;

« Attendu que le père administrateur étant ainsi et quant à ce, assimilé au tuteur, il doit offrir les mêmes garanties aux intérêts de son fils mineur, c'est-à-dire conformément à l'article 2135 du Code civil, que ses biens doivent être affectés à une hypothèque légale indépendante de toute inscription » ;

« Attendu qu'on ne peut penser que le législateur, après avoir établi positivement que le père était comptable de son administration, ait voulu rendre cette disposition illusoire en n'accordant pas au fils mineur une hypothèque sur les biens du père, administrateur, et qu'il ait dépouillé pour la première fois cette vigilante sollicitude qu'il a tous jours montrée pour la personne et les biens du mineur... »

Mais un grand nombre d'arrêts ont jugé la négative : Lyon, 3 juillet 1827 ; Bordeaux, 10 avril 1845 ; Tunis, 5 février 1849 ; Grenoble, 4 février 1850 ; Riom, 30 août 1852.

Enfin la Cour de Toulouse est revenue elle-même sur sa jurisprudence le 25 février 1845.

tion de la loi, mais deviennent insuffisantes quand il s'agit de la reviser.

C'est alors que les adversaires de toute innovation en cette matière rassemblent leurs objections qui ont souvent fait douter de l'opportunité de l'extension de l'hypothèque légale au mineur placé sous l'administration légale de son père.

On dit d'abord qu'une pareille hypothèque apporterait une entrave considérable aux transactions immobilières, et causerait une atteinte grave au crédit des pères de famille déjà soumis à l'hypothèque légale de leurs femmes.

On ajoute qu'à côté du mineur, il y a la mère qui, placée près du père, chargé de l'administration, peut et doit veiller sur les intérêts de son fils, et que sa sollicitude est une garantie suffisante.

On dit encore que l'intérêt bien compris du père est une sauvegarde contre sa mauvaise gestion, car il a la jouissance légale des biens, et s'il les dissipe, il se privera volontairement et sciemment des ressources qu'ils lui procurent.

Enfin on invoque des raisons morales. On craint de susciter entre le père et le fils une inimitié fâcheuse, de provoquer des révoltes ou des querelles à un âge où l'enfant a besoin de l'éducation paternelle et où il faut faire respecter cette autorité du père ; la vie de la famille est ici intéressée au plus haut point et exige qu'on n'innove pas à la légère.

Il n'est pas très difficile de répondre à ces arguments.

Il est certain que dans le régime actuel une réforme est impossible ; mais toutes les mesures que nous avons précédemment étudiées, tendent précisément à remplacer un système absolu par une législation plus souple, à règles relatives et facultatives. Dès lors, l'hypothèque légale comme garantie de l'administration légale du père n'offre plus les mêmes inconvénients. D'ailleurs, tant que le fils n'a pas de fortune personnelle, il n'y aura pas constitution d'hypothèque ; mais s'il lui advient des biens par succession ou donation — ce sont les deux causes d'enrichissement pour le fils mineur — il semble bien qu'il faille lui donner une garantie analogue à celle qu'obtient le mineur dans la tutelle.

D'autre part, il est imprudent de s'en remettre exclusivement à la seule affection présumée des parents pour assurer aux enfants les garanties qui leur sont nécessaires et particulièrement ici, sans parler des cas où il y a séparation de corps ou même séparation de fait entre les époux, la présence de la mère ne suffira pas toujours, car elle hésitera le plus souvent à entrer en lutte avec son mari et par un sentiment de crainte ou d'obéissance n'interviendra presque jamais.

Enfin, nous croyons qu'ici comme ailleurs pour l'hypothèque de la femme, on a assombri à plaisir le tableau de la famille déchirée et désunie par cette ques-

tion de l'hypothèque et en proie aux pires dissenti-  
ments.

Pour nous, la seule difficulté, mais elle est très considérable, réside dans le choix des mesures à prescrire pour procurer au fils mineur une hypothèque déterminée et publique ; car, au début de l'administration légale du père, il n'y a plus ici un conseil de famille fonctionnant régulièrement et pouvant délibérer sur la question.

Dès lors, à quelle autorité faut-il confier le soin de déterminer l'hypothèque ?

Quand on réfléchit aux causes qui peuvent donner naissance à l'administration légale, on voit qu'elle doit nécessairement prendre son origine dans l'ouverture d'une succession déférée au fils ou dans une donation à lui faite par un tiers.

Dans le premier cas, il sera procédé à un inventaire et dans le second, un notaire sera intervenu pour rédiger l'acte de donation.

Dans ces deux cas, faisant ici à la fois une application des règles prescrites pour les femmes mariées et les mineurs, il nous semble qu'on pourrait organiser la détermination de l'hypothèque de la manière suivante :

Le notaire qui a assisté à l'inventaire ou rédigé l'acte de donation devrait interpeller le père, qui sera nécessairement présent pour habiliter son fils mineur, de déclarer s'il veut constituer une hypothèque sur ses

immeubles et pour quelle somme en raison des biens qui échoient ou qui sont donnés à son fils.

En cas de réponse affirmative, l'hypothèque ainsi déterminée serait inscrite par les soins du notaire et sous sa responsabilité.

D'autre part, le notaire qui a reçu un acte duquel il résulte que des droits ou des valeurs sont échus à un fils mineur placé pour l'administration légale de son père, devrait en donner avis sans délai au juge de paix du lieu du domicile du père et lui faire parvenir un extrait de l'acte mentionnant l'interpellation qu'il a dû adresser au père et la réponse que ce dernier a faite.

Le juge de paix pourrait alors prendre toutes les mesures provisoires nécessaires pour sauvegarder les droits de l'enfant, et provoquerait la réunion d'un conseil de famille chargé de délibérer sur la détermination de l'hypothèque à accorder au fils mineur. Dans cette seconde hypothèse, l'inscription serait prise par les soins du greffier de la justice de paix, responsable de l'accomplissement de cette formalité.

Telles sont les mesures que nous proposerions d'appliquer ici ; mais ajoutons immédiatement que le cas du père de famille, chargé de l'administration légale des biens de son fils mineur, est un de ceux où il serait le plus utile et le meilleur de permettre au père d'offrir, au lieu d'une hypothèque légale sur ses biens, un cautionnement suffisant dont l'importance pourrait être

fixée dans l'acte même d'où résultent les droits nouveaux de l'enfant mineur (1).

On a souvent réclamé cette extension de l'hypothèque légale, et dès l'enquête de 1841, les Cours royales de Besançon, Grenoble, Montpellier et Pau proposaient des solutions à cet égard.

Dans la discussion de l'avant-projet sur les hypothèques légales, la commission du cadastre a envisagé la question : mais tout en reconnaissant qu'il y a là une lacune grave dans notre droit, elle n'a pas proposé le remède nécessaire qu'elle a renvoyé à l'époque où les difficultés pratiques de réalisation de cette hypothèque seraient aplanies par une réforme plus avancée de notre système hypothécaire.

§ 5. — Renouvellement et péremption des inscriptions.

L'article 2154 relatif à la péremption et au renouvellement des inscriptions, est ainsi conçu :

« Les inscriptions conservent l'hypothèque et le privilège pendant dix ans à compter du jour de leur date ; leur effet cesse si ces inscriptions n'ont pas été renouvelées avant l'expiration de ce délai. »

(1) Il s'est présenté un cas dans lequel l'enfant avait une hypothèque légale sur les biens de son père, non de son chef, mais comme héritier d'un autre enfant du même père qui, né d'une autre mère, s'était trouvé au prédécès de celle-ci, sous la tutelle légale de son père. Cet enfant ayant une hypothèque légale pour les droits qu'il avait contre son père tuteur, il transmet ces droits avec l'hypothèque qui y était attachée à l'enfant placé sous l'administration légale du père commun. Bordeaux, 19 mars 1875, Dalloz, 1877, 2, 25.

Cet article s'applique à toute inscription d'hypothèque conventionnelle, judiciaire ou légale.

En ce qui concerne cette dernière, la seule dont nous ayons à nous préoccuper ici, si elle a été inscrite l'inscription sera périmée au bout de dix ans à défaut de renouvellement ; mais alors on se demande si la femme, le mineur ou l'interdit perdront le rang de faveur que la loi assigne à leur hypothèque.

Il faut distinguer plusieurs hypothèses qui se résolvent toutes par l'application de ce principe que le créancier, dont l'inscription est périmée se trouve dans la même situation que s'il n'avait jamais pris inscription.

Rappelons que la loi du 23 mars 1855, dans son article 8, a accordé aux incapables un délai de un an à partir de la dissolution du mariage ou de la cessation de la tutelle pour inscrire leur hypothèque, faute de quoi celle-ci ne date, à l'égard des tiers, que du jour des inscriptions prises ultérieurement.

Voici le résultat des différents cas :

1° Si le mariage ou la tutelle dure encore à l'époque où la péremption s'accomplit, la femme ou le mineur conservera son rang de faveur, car il lui appartient, indépendamment de l'inscription périmée.

2° Si l'inscription est périmée après la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle, mais dans l'année qui suit l'un ou l'autre de ces événements, la femme ou le mineur conservera encore son rang de faveur

par une inscription prise avant l'expiration de ladite année, fût-ce après la péremption accomplie.

3° Si la péremption s'accomplit après l'expiration de l'année, la femme ou le mineur perdra son rang de faveur attaché à son hypothèque, en supposant que l'inscription n'ait pas été renouvelée dans le délai utile.

Faisons encore observer que l'article 47 du décret du 28 février 1852 sur les sociétés de Crédit Foncier, a décidé que les inscriptions hypothécaires prises au profit de ces sociétés sont dispensées pendant toute la durée du prêt du renouvellement décennal prescrit par l'article 2154.

Telle est la législation actuellement en vigueur; avec les nouveaux principes d'une hypothèque spéciale et nécessairement inscrite pour produire effet, il semble bien qu'il y ait lieu de modifier ce système et d'étendre à l'hypothèque de la femme mariée, du mineur et de l'interdit, les dispositions qui régissent les sociétés de Crédit Foncier.

Par suite, l'inscription de l'hypothèque légale de la femme mariée, tant que dure le mariage, doit être affranchie de toute péremption, car jusqu'à cette époque, il n'y a pas règlement définitif des droits et reprises de la femme; le maintien de la garantie qui doit lui assurer leur remboursement ne peut pas dépendre de l'accomplissement de la formalité du renouvellement. De plus, nous avons chargé le notaire de requérir l'ins-

cription ; il faut donc la mettre à l'abri de toute déchéance et il est juste, en outre, de décharger le notaire de l'obligation, qui serait excessive, de surveiller indéfiniment les inscriptions prises. Enfin, pour le cas où la femme ou le mari a pris inscription, il est naturel de ne pas laisser aux époux le soin de faire le renouvellement, parce que le mari est trop intéressé à laisser périmer l'inscription.

D'ailleurs, ces modifications au régime actuel se justifient par une double raison théorique et pratique.

Il est en effet anormal qu'une inscription, garantie du droit accessoire, ne dure pas autant que le droit principal qu'elle protège : l'obligation du renouvellement décennal entraîne la perte de beaucoup d'inscriptions par suite d'un simple oubli ou d'un retard.

D'autre part ce renouvellement rend les recherches très difficiles, occasionne de nombreux frais et de grands embarras ; ces inscriptions indéfiniment renouvelées allongent démesurément les certificats que délivre le conservateur des hypothèques et leur donnent des proportions aussi gênantes que coûteuses.

Tout ce que nous venons de dire justifie amplement une réforme qui s'impose et procurera les avantages suivants :

L'inscription une fois prise conservera le droit hypothécaire pendant toute sa durée ; les recherches deviendront plus faciles ; les chances de péremption disparaîtront ; les états seront simplifiés et permettront

de connaître plus rapidement et plus sûrement l'état hypothécaire de celui avec lequel on se propose de traiter.

Un seul point reste à élucider : il faut fixer le moment précis jusqu'auquel doit s'étendre la dispense du renouvellement.

Ici le délai indiqué par la loi de 1855 paraît s'imposer. Au bout de l'année, la liquidation des droits de chacun des époux est ordinairement achevée ; il deviendra facile, suivant le résultat de cette liquidation, de savoir au juste s'il y a lieu de renouveler l'inscription, de la réduire, ou même de la rayer purement et simplement. Si par hasard les droits ne sont pas liquidés, on devra faire un renouvellement de l'inscription avant l'expiration de l'année ; et le mariage étant dissous, l'abus de l'influence maritale n'est plus à craindre.

A défaut de ce renouvellement dans le délai prescrit, l'hypothèque qui aurait plus de dix ans cessera d'avoir effet, et l'inscription nouvelle qui sera prise ne vaudra que du jour de sa date.

L'avant-projet de la commission du cadastre, dans son article 21, a prévu cette réforme et décide que l'inscription prise au profit d'une femme mariée n'est pas susceptible de péremption jusqu'à l'expiration de l'année qui suit la dissolution du mariage ; il en est de même de celle prise au profit d'un mineur ou d'un interdit jusqu'à l'expiration de l'année qui suit la majo-

rité, la mainlevée de l'interdiction ou le décès du mineur ou de l'interdit ; de celle enfin prise au profit d'une personne placée dans un établissement d'aliénés jusqu'à l'expiration de l'année qui suit sa sortie ou son décès.

Ces solutions nous paraissent très justes ; nous regrettons que le projet du Gouvernement n'ait pas suivi la même voie ; elles sont de nature à simplifier les formalités tout en assurant aux incapables une protection aussi efficace.

La Cour de cassation, dans son avis sur le projet du Gouvernement, a aussi manifesté le regret que les inscriptions des hypothèques légales ne fussent pas dispensées de ce renouvellement décennal.

## CONCLUSION

---

Nous avons achevé notre travail, nous avons essayé de montrer tout l'intérêt et toute l'utilité que présente une réforme aussi importante que celle de la législation actuelle de l'hypothèque légale.

Les mesures que nous avons étudiées pour assurer aux incapables des garanties nécessaires, mais plus conformes aux nécessités économiques de notre temps sont, pour la plupart empruntées aux projets de 1850 et à la loi belge de 1851.

A cette époque elles constituaient une innovation assez hardie, et c'est peut-être la raison pour laquelle elles n'ont pas été acceptées; aujourd'hui elles sont devenues le strict minimum des satisfactions réclamées en cette matière; demain ce sera probablement la suppression pure et simple de l'hypothèque légale que l'on demandera.

Aussi nous souhaitons ardemment qu'une solution intervienne à bref délai. Le projet du Gouvernement soumis à la commission sénatoriale n'a pas encore été discuté. Sur la demande de cette commission, le Garde des Sceaux dès le 15 novembre 1897 a sollicité l'avis de la Cour de cassation. Une commission de cette Cour (1) a

(1) Cette commission se composait de MM. Ballot-Beaupré, Cotelle,

été constituée et M. le Conseiller Cotelle a présenté à l'assemblée générale du 29 décembre 1898 un rapport au nom de la commission, dont toutes les conclusions ont été adoptées par la Cour (1).

Sur la partie du projet concernant l'hypothèque légale, le rapporteur s'exprime ainsi :

« Un seul membre de votre commission s'est déclaré  
« partisan convaincu de la réforme proposée, avec le  
« regret toutefois qu'on n'eut pas cru devoir s'en tenir  
« au texte moins sommaire élaboré par la commis-  
« sion du cadastre dont le ministère des finances a  
« publié les intéressants travaux ; sans contester l'im-  
« portance du mouvement d'opinion qui s'est produit  
« dans le même sens chez des nations très éclairées,  
« ni l'avantage qui s'attacherait pour la sûreté des  
« achats et des prêts, par conséquent pour la facilité  
« de la vente et de l'emprunt, à ce que toutes les hypo-  
« thèques fussent publiques et spéciales, tous les au-  
« tres membres inclinent à penser que, dans l'état  
« d'esprit qui domine en France et si l'on met en ba-  
« lance les intérêts engagés, il y aurait plus de témé-  
« rité que de vraie sagesse et de profit réel à faire dé-  
« pendre la sauvegarde de la fortune des femmes et  
« des incapables de formalités, dont l'observation très  
« faiblement assurée par le projet de loi ne le sera pas

Durand, Faye, Roullier, Bouloche, conseillers et Sarrut, avocat général.

(1) *Gazette des Tribunaux* des 30 et 31 décembre 1898.

« beaucoup mieux par les dispositions accessoires que  
« l'on pourrait tenter d'ajouter à ce projet. »

Mais tout en émettant un avis défavorable, la commission a indiqué certains points susceptibles d'une révision partielle. Nous les avons déjà rencontrés, en traitant de la question du cautionnement à fournir par le mari ou par le tuteur, et de celle du renouvellement décennal de l'inscription de l'hypothèque légale quand elle a été requise.

Mais, sous la réserve de ces améliorations de détail, la commission pense qu'il y a lieu de maintenir le droit traditionnel des femmes d'être dispensées de l'inscription pour leurs hypothèques légales.

« Aller au delà, dit le rapporteur, et vouloir que,  
« soit à l'heure même du mariage quand la confiance  
« et les illusions sont entières, soit surtout plus tard  
« lorsqu'elle sera tombée dans une étroite dépendance,  
« la femme investie nominalelement d'une hypothèque  
« en soit privée par cela seul qu'elle aura omis de la  
« faire inscrire, c'est ne tenir compte ni des exigences  
« du régime dotal dont le maintien se trouve ainsi menacé par une voie détournée sans être ouvertement  
« mis en débat, ni des raisons impérieuses qui, d'ordinaire sous tous les régimes, empêcheront l'épouse  
« de recourir à une mesure de précaution nécessairement désagréable au mari, nuisible à ses moyens de  
« crédit, contraire au bon renom de la maison. »

Dans notre étude du projet gouvernemental, nous

nous sommes précisément attachés à montrer que ses dispositions sont notoirement insuffisantes sur beaucoup de points et, à cet égard, nous partageons l'avis de la Cour de cassation quand elle reproche à ce projet « de ne s'être associé à aucun des efforts qu'on a tentés ailleurs pour assurer dans beaucoup de cas, si non toujours, l'accomplissement de la formalité de l'inscription, et d'avoir cherché une simplicité séduisante si ce n'était s'attacher d'une manière trop exclusive à un seul des deux aspects d'une situation dans laquelle il faut bien compter avec l'infirmité des femmes et des pupilles, unique raison de leur hypothèque menacée de devenir une lettre morte par les hasards auxquels sa conservation serait livrée ».

Nous avons vu d'autre part que l'avant-projet de la commission extra-parlementaire du cadastre avait particulièrement envisagé la formalité de l'inscription, et avait édicté des mesures sérieuses pour l'obtenir.

Aussi nous restons convaincus de la nécessité d'une révision et nous croyons que c'est dans la voie tracée par l'avant-projet qu'il faut s'engager résolument pour aboutir à une réforme de la législation hypothécaire.

On a trop longtemps reculé devant des modifications législatives, parce qu'on considérait avec appréhension les changements considérables qui seraient apportés dans les habitudes des familles, dans les règlements des intérêts matrimoniaux, dans la pratique même du no-

tariat et dans les procédés administratifs en vigueur.

Toutefois les esprits se sont habitués à cette perspective d'une réforme plusieurs fois tentée dans le courant de ce siècle ; l'exemple fourni par les pays qui nous entourent, et l'influence de l'étude comparée du droit international, ont fait fléchir les partisans les plus résolus du maintien des principes du Code civil.

Cette question qui ne préoccupait au début que les théoriciens, les publicistes et les jurisconsultes est passée dans le domaine public.

Les Congrès internationaux de la propriété foncière tenus dans ces dix dernières années, ont répété les vœux qu'ils formaient en vue d'une réforme (1).

D'autre part, les notaires se sont occupés des projets soumis au Parlement, et déjà un certain nombre de chambres les ont approuvés.

C'est ainsi que la chambre des notaires de l'arrondissement de Bernay a formulé ses observations sur les projets de la commission du cadastre :

« Décider que l'hypothèque légale ne sera plus ignorée ; éviter les difficultés, les procès nombreux qui

(1) Résolution votée par le Congrès international de la propriété foncière, tenu à Paris du 17 au 23 octobre 1892, dans la séance du 17 octobre.

« Le Congrès considérant que la réforme hypothécaire est d'une extrême urgence en France, demande que cette réforme soit établie sur les principes suivants, sans être subordonnée à la création des livres fonciers et sans être ajournée après leur examen.

I. « Toutes les hypothèques et tous les privilèges doivent sans exception, être soumis à la double règle de la publicité et de la spécialité. »

« naissent à la dissolution du mariage, à l'expiration  
« de la tutelle sur l'interprétation, la supputation et la  
« validité des inscriptions requises, c'est un premier  
« progrès vers une réforme que tout le monde recon-  
« naît désirable si tout le monde ne convient pas de  
« son équité et de son opportunité. Nous n'hésitons  
« pas, prenant en considération ce qui s'est passé en  
« Belgique où l'épreuve de la loi de 1851 a été favora-  
« ble et a produit d'heureux résultats, à nous ranger  
« avec ceux qui réclament pour l'hypothèque légale et  
« la spécialité et la publicité (1). »

C'est encore le comité des notaires des départements qui écrit dans la circulaire du comité adressée à la date du 8 novembre 1896, rendant compte des travaux du Congrès de la propriété immobilière tenu à Rouen en octobre 1896. .

« Un courant très vif s'est établi en faveur de la pro-  
« tection de la femme et des mineurs ; on admet bien  
« la nécessité de la publicité, plus difficilement celui  
« de la spécialité ; mais on veut l'organisation d'un  
« système assurant l'inscription des hypothèques léga-  
« les et on le veut en dehors de la femme, du tuteur et  
« du subrogé tuteur. »

« Le Congrès a voté les résolutions suivantes :

« Il y a lieu de procéder le plus tôt possible à la ré-

(1) Observations sur les projets de la commission du cadastre. Chambre des notaires de l'arrondissement de Bernay, 1892.

forme de la législation hypothécaire sur les bases suivantes :

1° . . . . .

« 2° Application la plus étendue du double principe  
« de la publicité et de la spécialité en matière hypothé-  
« caire. »

« En conséquence :

« Suppression des hypothèques occultes, spécialité  
« et publicité des hypothèques légales, à la condition  
« que l'inscription de ces hypothèques soit assurée par  
« un fonctionnaire ou officier ministériel responsa-  
« ble. »

Nous demandons donc en terminant que les travaux de la commission extra-parlementaire du cadastre soient pris en très sérieuse considération par le législateur, pour compléter le projet du Gouvernement en vue d'assurer aux incapables une protection qui sera plus efficace et mieux appropriée aux circonstances de notre temps.

De toutes parts, on attend avec impatience cette réforme, et chaque jour des vœux nouveaux sont adressés aux pouvoirs publics pour leur demander de la faire aboutir (1).

Nous voulons espérer qu'ils seront entendus et que

(1) Les Conseils généraux se sont occupés de la question, et un certain nombre d'entre eux ont demandé la prompte discussion et adoption des projets de réforme. A la session de Pâques 1899, les Conseils généraux des Ardennes, de la Vienne, de la Seine-Inférieure se sont nettement prononcés en ce sens.

le Code civil de 1804, qui fait encore bonne figure dans les législations modernes par certaines qualités incontestables, verra, avant de devenir centenaire, s'accomplir une réforme pressentie en 1673, essayée en 1799, et toujours réclamée de 1804 à 1900.

Vu :

Le Président de la thèse,  
CH. MASSIGLI.

Vu :

Le Doyen,  
GLASSON.

Vu et permis d'imprimer :

*Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,*  
GRÉARD.

---

## TABLE DES MATIÈRES

---

|                       | Pages |
|-----------------------|-------|
| INTRODUCTION. . . . . | 1     |

### PREMIÈRE PARTIE

#### HISTORIQUE.

|                                              |    |
|----------------------------------------------|----|
| SECTION I. — Droit romain . . . . .          | 5  |
| SECTION II. — Ancien droit français. . . . . | 7  |
| SECTION III. — Droit intermédiaire . . . . . | 11 |
| SECTION IV. — Code civil. . . . .            | 14 |

### DEUXIÈME PARTIE

#### RÉFORMES A INTRODUIRE DANS LA LÉGISLATION DE L'HYPOTHÈQUE LÉGALE.

|                                                                                                                       |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| CHAPITRE I. — Nécessité du maintien de l'hypothèque<br>légale . . . . .                                               | 29 |
| CHAPITRE II. — Essais de réformes en France et réfor-<br>mes pratiquées dans les législations<br>étrangères . . . . . | 37 |
| SECTION I. — Essais de réforme en France . . . . .                                                                    | 41 |
| I. — Enquête de 1841 . . . . .                                                                                        | 41 |
| II. — Projets de loi de 1850. . . . .                                                                                 | 52 |
| SECTION II. — Législation comparée . . . . .                                                                          | 67 |
| I. — Belgique. . . . .                                                                                                | 70 |
| II. — Italie . . . . .                                                                                                | 85 |
| III. — Grèce . . . . .                                                                                                | 87 |
| IV. — Espagne et Portugal. . . . .                                                                                    | 89 |
| V. — Algérie . . . . .                                                                                                | 90 |
| VI. — Nouvelle-Calédonie . . . . .                                                                                    | 93 |





---

Imp. J. Thevenot, Saint-Dizier (Hte-Marne)

---